

INDICE N. 1/2019

CORTI MATTEO	1
Partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi	
MICCICHÉ CALOGERO	19
L'azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia	
DELL'OGGIO MARCO – DI PRIMA FABIANO	41
Il riconoscimento civile dello scioglimento canonico del matrimonio non consumato e l'attuale regime pattizio: spunti per un ripensamento (in vista d'un possibile "ritorno")	
GANARIN MANUEL	121
L'ampliamento dell'ordine episcopale del collegio cardinalizio: la cooptazione di quattro porporati equiparati ai cardinali vescovi (<i>rescriptum ex audientia ss.mi</i> del 26 giugno 2018)	
CHIESI VALENTINA	178
Dal funzionalismo strutturale al "nichilismo giuridico"	
SANTINI ANDREA	217
Il nuovo regolamento attuativo dell'iniziativa dei cittadini europei: osservazioni a prima lettura	
ORTOLEVA MARIA GRAZIA	235
Natura ed effetti della sospensione dei pagamenti di cui all'art. 48 <i>bis</i> del d.P.R. n. 602/73	
CARRO VALERIA	304
Alcune osservazioni in tema di <i>communio</i> : la natura giuridica dell' <i>actio communi dividundo</i>	

Corti Matteo

Professore associato di diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi*

Employee Participation and Collective Dismissals

SOMMARIO: 1. Uno strano binomio: partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi nel pensiero di Mario Napoli. – 2. La categoria unitaria del licenziamento per ragioni economico-organizzative. – 3. Il coinvolgimento dei lavoratori nell'ambito dei licenziamenti collettivi: una partecipazione sempre più debole. – 4. Il futuro della partecipazione in Italia: l'inevitabilità di un sostegno normativo.

1. Uno strano binomio: partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi nel pensiero di Mario Napoli.

Ringrazio, anzitutto, gli amici di Cagliari per essersi sobbarcati anche quest'anno la fatica di organizzare un incontro di riflessione sul pensiero di Mario Napoli. L'anno scorso ci eravamo confrontati sulle opere di Mario in materia di servizi per l'impiego e mercato del lavoro¹, mentre quest'anno si dibatte intorno alla tematica dei licenziamenti.

Si tratta di uno degli argomenti più cari a Mario, tanto che vi dedicò la sua prima monografia del 1979 sulla stabilità reale del rapporto di lavoro². Anche il suo ultimo lavoro, la prefazione alla raccolta di scritti degli anni 2010-2014³, fu dedicato al tema, con il trasporto e la passione di chi aveva coltivato con amore quasi filiale il Diritto del lavoro per tutta la vita e ora

* Il presente saggio, sottoposto a *double blind peer review*, riproduce, con l'aggiunta delle note e gli opportuni aggiornamenti, i contenuti della relazione tenuta al Convegno di Cagliari "Conversazioni sul pensiero di Mario Napoli: un confronto sulla disciplina attuale dei licenziamenti", 9 giugno 2017.

¹ Tutte citate in uno dei suoi ultimi lavori sul tema, scritto con due dei suoi allievi, Antonella Occhino - Matteo Corti, *I servizi per l'impiego. Art. 2098*, in F. D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano 2010.

² M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano 1979.

³ M. Napoli, *Prefazione. Il diritto del lavoro tra sfregio della stabilità e attesa dello sviluppo*, in Id., *Diritto del lavoro. In trasformazione (2010-2014)*, Torino 2014, pp. XI ss.

vedeva “sfregiato” dalla legge Fornero uno dei suoi istituti cardine, l’art. 18 dello statuto dei lavoratori.

Ho concordato con gli organizzatori che parlerò di “partecipazione e licenziamenti collettivi”. Come ho già avuto occasione di dire in un convegno trentino un paio di anni fa⁴, Mario Napoli era un fervente sostenitore della partecipazione dei lavoratori. Anche se non scrisse mai diffusamente sul tema⁵, il suo contributo fu fondamentale, sia come tecnico del diritto, sia come ispiratore dell’approccio adottato, per la proposta di un intervento legislativo in materia di partecipazione, elaborata nell’ambito del Cesos (Centro di studi economici, sociali e sindacali) da un gruppo di sindacalisti, cultori e attori delle relazioni industriali, composto, oltre che da lui, da Guido Baglioni, Maurizio Castro, Michele Figurati e Domenico Paparella (cd. “Gruppo del caminetto”)⁶.

Le caratteristiche salienti della proposta erano la volontarietà della partecipazione e gli incentivi fiscali, contributivi, contrattuali e normativi previsti in favore delle imprese che sceglievano di sperimentare tale via in accordo con le parti sociali. La legge si poneva l’obiettivo di incentivare sia la partecipazione decisionale (informazione, consultazione, co-decisione)

⁴ L’incontro, dal titolo “Lavoro, welfare, sindacato, istituzioni”, si è tenuto il 30 giugno 2015: presieduto da Stefania Scarponi, ha esaminato il pensiero di Mario Napoli a tutto tondo.

⁵ Si vedano, comunque, M. Napoli, *Per un progetto legislativo sulla partecipazione*, in G. P. Cella - G. Provasi (a cura di), *Lavoro Sindacato Partecipazione. Scritti in onore di Guido Baglioni*, Milano 2001, pp. 433 ss.; M. Napoli, *Partecipazione e fonti del Diritto del lavoro*, in AA.VV., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro – Lecce, 27-28 maggio 2005*, Milano 2006, pp. 299 ss.; M. Napoli, *Note introduttive. L’informazione e la consultazione sono un diritto*, in Id. (a cura di), *L’impresa di fronte all’informazione e consultazione dei lavoratori*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2008, pp. 843 ss.; M. Napoli, *La discussione parlamentare sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: la via del sostegno tributario*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2010, pp. 72 ss.; M. Napoli, *Prefazione. La partecipazione: l’orgoglio della comparazione*, in M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l’esperienza comparata*, Milano 2012, pp. VII ss.

⁶ Il progetto si può leggere nel volumetto dal titolo *Oltre la soglia dello scambio. La partecipazione dei lavoratori nell’impresa. Idee e proposte*, Cesos, Roma 2000. L’esperienza del “caminetto” è ricordata da Mario in *Domenico Paparella cantore della partecipazione*, in *Diritto del lavoro. In trasformazione (2010-2014)*, cit., pp. 131-132, mentre la sua relazione al convegno di presentazione del progetto di legge può essere letta in M. Napoli, *Per un progetto legislativo sulla partecipazione*, cit.

che quella economica (partecipazione agli utili, partecipazione azionaria). Non si contemplava, invece, la cogestione negli organi societari, tradizionalmente assai osteggiata nel nostro Paese, sia sul fronte imprenditoriale, sia, benché in misura minore, nel mondo sindacale. Le caratteristiche della partecipazione “premiata” dovevano essere descritte a maglie larghe nella legge e concretizzate in appositi accordi partecipativi aziendali. Questi ultimi, certificati da una apposita commissione costituita nell’ambito del CNEL, offrivano ingresso agli incentivi. Un ulteriore incentivo di tipo normativo era costituito dalla possibilità di avvalersi della denominazione “impresa partecipativa” negli atti di comunicazione. La simpatia con la quale Mario Napoli guardava alla partecipazione dei lavoratori traspare anche dall’introduzione al commentario sistematico al d. lgs. n. 25/2007, da lui curato per le Nuove leggi civili commentate. In quella sede Mario equipara il provvedimento sull’informazione e consultazione dei lavoratori addirittura allo Statuto dei lavoratori: come quello aveva legittimato il conflitto sindacale sui luoghi di lavoro, così il decreto 25 “pone le premesse per la conduzione dell’impresa partecipata, anche se non cogestita”⁷. Insomma, Mario credeva molto nella partecipazione, anche nelle forme deboli dell’informazione e consultazione, che sono poi quelle che trovano ospitalità nell’art. 4, l. n. 223/1991 relativo alla procedura di licenziamento collettivo. Alla fine dell’introduzione appena citata si rammaricava che altrettanta fiducia nello strumento non avessero dimostrato le parti sociali, assai caute, se non rinunciatarie, nel muoversi sulla via indicata dal decreto n. 25.

2. La categoria unitaria del licenziamento per ragioni economico-organizzative.

Nella sua voce sui licenziamenti per il Digesto del 1993⁸ Mario Napoli affronta, ovviamente, la questione del coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori nella procedura di mobilità, ma il suo discorso si concentra

⁷ M. Napoli, *Note introduttive. L’informazione e la consultazione sono un diritto*, cit., p. 844.

⁸ M. Napoli, *Licenziamenti (voce)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, 4^a ed., vol. IX, Torino 1993, ora in M. Napoli, *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Torino 1996, pp. 169 ss., dal quale i riferimenti alle pagine nelle citazioni successive.

piuttosto sulla riconduzione del licenziamento collettivo al *genus* del licenziamento per giustificato motivo oggettivo⁹. Spende infatti pagine intense per dimostrare l'esistenza di una categoria unitaria di licenziamento per ragioni economico-organizzative, laddove la giurisprudenza precedente e successiva alla legge n. 223/1991 continuava a perpetuare la tesi della differenza "ontologica" tra licenziamenti individuali per g.m.o e licenziamenti collettivi¹⁰. Per Mario la "riduzione o trasformazione di attività o di lavoro" di cui all'art. 24, co. 1, l. n. 223/1991 e le cause integrabili degli artt. 1 e 3 della medesima legge sono assimilabili senza riserve alle "ragioni inerenti all'attività di lavoro, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" dell'art. 3, l. n. 604/1966. Pertanto, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo si trasforma in collettivo una volta che siano raggiunti i requisiti numerico-temporali ex art. 24, co. 1, l. n. 223/1991, ovvero quando sia terminato un periodo di CIGS e qualcuno dei dipendenti sospesi non possa più essere reimpiegato (art. 4, co. 1, l. n. 223/1991)¹¹.

⁹ Sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento la letteratura è, comprensibilmente, sterminata: v. da ultimo, anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali, almeno S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova 2012; M. Ferraresi, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Torino 2016.

¹⁰ Dopo la l. n. 223/1991 la teoria della cd. "differenza ontologica" tra licenziamento individuale per g.m.o. e licenziamento collettivo, formalmente abbandonata dalla giurisprudenza, viene di fatto riproposta asserendo la "a-causalità" del secondo, la cui ricorrenza sarebbe integrata al semplice verificarsi dei requisiti numerico-temporali previsti dalla l. n. 223/1991. Questo orientamento, ormai nettamente prevalente, si è affermato a seguito della presa di posizione delle sezioni unite della cassazione all'inizio del nuovo millennio: Cass., sez. un., 13 giugno 2000, n. 419, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2001, p. 247, nt. G. Ferraù; Cass., sez. un., 27 giugno 2000, n. 461, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2001, II, p. 144, nt. M. Papaleoni. Per i riferimenti giurisprudenziali successivi e le sentenze dell'orientamento minoritario, che sosteneva invece la sindacabilità giudiziale del presupposto sostanziale del licenziamento collettivo (la riduzione o trasformazione di attività o di lavoro), v. da ultimo M. Ricci - A. Olivieri - C. Corbo, *Nozione e procedura*, in E. Gragnoli (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, M. Persiani - F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova 2017, pp. 1207 ss. La giurisprudenza, peraltro, non arriva a porre in discussione la necessaria sussistenza sia dei motivi addotti, sia del nesso causale tra questi e la soppressione dei posti di lavoro: cfr. A. Sartori, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge n. 92/2012*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I (2014), p. 481.

¹¹ V. M. Napoli, *Licenziamenti (voce)*, cit., pp. 258-263. In dottrina, a sostegno dell'esistenza di requisiti sostanziali del licenziamento collettivo, coincidenti con quelli posti a base del licenziamento per g.m.o., v., pur nella diversità di impostazioni e

La rigorosa ricostruzione, già proposta nella monografia del 1979 con un'esegesi ingegnosa dell'art. 11, l. n. 604/1966¹², ha il pregio di sommare le tutele individuali del g.m.o. a quelle collettive derivanti dal confronto sindacale. E ciò a fronte di una giurisprudenza che si fa vanto di proclamare l'alternatività di tali protezioni. Secondo quest'ultima visione nei licenziamenti per g.m.o. la tutela sarebbe affidata al giudice *ex post*, mediante il controllo del presupposto causale, mentre in quelli collettivi avverrebbe *ex ante*, grazie all'intervento sindacale¹³. Nei recessi per g.m.o. il giudicante verificherebbe anche il rispetto dell'onere di *repêchage*, mentre un tale adempimento a carico del datore non sussisterebbe in

sfumature, R. Del Punta, *I licenziamenti collettivi*, in M. Papaleoni - R. Del Punta-M. Mariani, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova 1993, p. 371; U. Carabelli, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari 2001, pp. 202 ss.; V. Ferrante, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato: eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Torino 2004, pp. 109 ss.; E. Gagnoli, *La riduzione del personale: tra licenziamenti individuali e collettivi*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova 2006, pp. 112 ss., in particolare p. 124; C. Zoli, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2008, in partic. pp. 35 ss.; S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit., pp. 2 e 99 ss.; A. Sartori, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge n. 92/2012*, cit., pp. 482-483; G. Natullo, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I (2015), pp. 528-529; M. Ferraresi, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit., spec. pp. 235 ss.

¹² V. M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., pp. 241 ss. Poiché l'art. 11, l. 604/1966 esclude dalle disposizioni della medesima legge "la materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale", Mario ne trae la conclusione che la materia stessa non è regolata *de iure condito*. Per conseguenza, prima dell'intervento della l. n. 223/1991 tutti i licenziamenti erano da considerarsi individuali. In particolare, anche per i licenziamenti collettivi ai sensi degli accordi interconfederali il giudice doveva verificare la sussistenza del g.m.o. ex art. 3, l. n. 604/1966 (p. 258).

¹³ Cfr., per restare alle più recenti, Cass., sez. lav., 26 novembre 2018, n. 30550, secondo la quale "non possono trovare ingresso, in sede giudiziaria, tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate" dagli artt. 4-5, l. n. 223/1991 sulla procedura di informazione e consultazione sindacale "e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire l'autorità giudiziaria di un'indagine sulla presenza di 'effettive' esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva". In precedenza, v. anche Cass., sez. lav., 6 ottobre 2006, n. 21541; Cass., sez. lav., 3 marzo 2009, n. 5089; App. L'Aquila, 18 aprile 2012, n. 531; Cass., sez. lav., 7 febbraio 2017, n. 3176.

quelli collettivi¹⁴. Ma proprio queste due operazioni sono invece imposte al giudicante dalla sistemazione napoliana anche per i licenziamenti collettivi! Non è sufficiente a stemperare il contrasto tra le due impostazioni il rilievo che eventuali patologie del requisito sostanziale del licenziamento collettivo si ripercuoterebbero comunque sui motivi indicati nella comunicazione iniziale, inficiando la procedura e provocando così, ai sensi dell'art. 4, co. 12, l. n. 223/1991, l'inefficacia dei recessi intimati ai lavoratori¹⁵. A parte la circostanza che rimarrebbe comunque escluso l'onere di *repêchage*, la soluzione poteva essere tranquillante nel regime precedente alla riforma "Fornero", che, ai fini della tutela contro i licenziamenti, assimilava i vizi formali e procedurali a quelli sostanziali.

Con la riscrittura dell'art. 5, co. 3, l. n. 223/1991 ad opera della l. n. 92/2012, il guadagno di tutele dell'impostazione di Mario Napoli è particolarmente significativo. A fronte della carenza del presupposto legale, il relativo vizio di motivazione nella comunicazione iniziale del licenziamento collettivo darebbe ingresso al solo rimedio risarcitorio cd. "rafforzato" (ovvero compreso tra 12 e 24 mensilità), mentre l'accertamento della manifesta insussistenza di tale presupposto garantirebbe ancora la reintegrazione, seppur nella forma attenuata (con indennità risarcitoria "plafonata" a 12 mensilità di retribuzione), grazie all'applicazione diretta, e non in via analogica, dell'art. 18, co. 7, *stat. lav.*¹⁶. Nel d. lgs. n. 23/2015¹⁷, invece, per entrambi i vizi è ormai prevista

¹⁴ V., per es., Cass., sez. lav., 29 novembre 1999, n. 13346, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II (2000), p. 791, nt. M. L. Vallauri; Cass., sez. lav., 2 gennaio 2001, n. 5, in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 2001, p. 480; Cass., sez. lav., 1° febbraio 2003, n.1526; Cass., sez. lav., 29 dicembre 2011, n. 29679; Trib. Roma, 22 ottobre 2018, n. 7979.

¹⁵ In questo senso l'intuizione di F. Scarpelli, *La nozione e il controllo del giudice*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, vol. 19, Torino 1997, pp. 45-46.

¹⁶ In questo senso A. Sartori, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge n. 92/2012*, cit., pp. 632-633, che sviluppa coerentemente il pensiero del maestro. Per l'applicazione dell'art. 18, co. 7, *stat. lav.*, però in via analogica, v. Trib. Roma, 21 gennaio 2014, ord., in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, p. 1195, nt. N. Frasca.

¹⁷ Sui licenziamenti collettivi nel d. lgs. n. 23/2015 v. G. Ferraro, *I licenziamenti collettivi nel jobs act*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I (2015), pp. 187 ss.; L. Scarano, *L'apparato sanzionatorio per i licenziamenti collettivi illegittimi*, in E. Ghera - D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione*

la sola indennità rafforzata (art. 10, che richiama il 3, co. 1), salva la possibilità per il lavoratore di dimostrare che il recesso, pur intimato come collettivo, sottende in realtà fini (*lato sensu*) disciplinari¹⁸ o effetti discriminatori. Nel primo caso, il lavoratore potrà ottenere la reintegrazione cd. attenuata (con risarcimento del danno plafonato a 12 mensilità), nel secondo quella piena (con risarcimento pienamente commisurato alle retribuzioni perse).

Va peraltro rilevato che, a seguito dell'intervento congiunto del legislatore e della Corte costituzionale, l'indennità rafforzata ex art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 risulta ora assai più robusta rispetto al corrispondente rimedio dell'art. 18, *stat. lav.*, e forse persino preferibile rispetto alla reintegrazione debole, soprattutto se il lavoratore miri, in ultima analisi, a una monetizzazione della perdita del posto di lavoro. Per un verso, l'art. 3, d.l. n. 87/2018 (Decreto cd. "Dignità"), conv. in l. n. 96/2018, ha innalzato

involontaria nel Jobs Act 2. Commento ai decreti legislativi 4 marzo 2015, nn. 22 e 23, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, Bari 2015, pp. 153 ss.; A. Topo, *Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il Jobs Act*, in F. Carinci - C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, Adapt Labour Studies e-book series n. 46, 2015, p. 193 ss.; G. Pellacani, *Il licenziamento collettivo*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi (a cura di), *Commentario alla riforma "Jobs Act"*, Milano 2016, pp. 227 ss.; L. Venditti, *Il licenziamento collettivo tra modifiche legislative e riflessi di sistema*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2017, pp. 224 ss.; B. De Mozzi, *Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel cd. Jobs Act*, in *Working Papers C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'*, sezione italiana, n. 353/2018. Per la trattazione organica dell'istituto dopo le due riforme v. ora E. Gragnoli (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 1192 ss.

¹⁸ In questo senso, con riferimento all'assenza di g.m.o., v. L. Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 533; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *Working Papers C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'*, sezione italiana, n. 259/2015, pp. 39-40; A. Tursi, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi*, in M. T. Carinci - A. Tursi (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti*, Torino 2015, pp. 93-94; C. Zoli, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604/1966 al d. lgs. n. 23/2015*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, in *Quaderni di argomenti di diritto del lavoro*, n. 14/2015, p. 95; M. Corti, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Torino 2018, pp. 168-169. La soluzione può essere estesa, *mutatis mutandis*, anche ai licenziamenti collettivi nei quali il datore non riesca a dimostrare la sussistenza della "riduzione o trasformazione di attività o di lavoro" di cui all'art. 24, co. 1, l. n. 223/1991: e, tuttavia, è evidente che la pluralità dei licenziamenti rende la prova del carattere *lato sensu* disciplinare di essi assai più problematica.

gli importi minimo e massimo da 4 a 6 e, rispettivamente, da 24 a 36 mensilità della retribuzione utile al calcolo del TFR¹⁹. Per altro verso, la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto, in particolare, con gli art. 3, 4 e 35, Cost., del metodo di calcolo di tale indennità basato esclusivamente sull'anzianità di servizio²⁰. Pur confermando la centralità di quest'ultimo parametro, il supremo giudice delle leggi ne ha scardinato l'automaticità (2 mensilità per anno di presenza in azienda), affidando alla discrezionalità del giudice la concretizzazione dell'importo e richiamando *ad adiuvandum* della sua deliberazione gli ulteriori criteri dell'art. 8, l. n. 604/1966 (numero di lavoratori impiegati, dimensione dell'impresa, condizioni e comportamento delle parti)²¹.

¹⁹ In argomento v. L. Angeletti, *Comma 1. Licenziamento illegittimo, nuove indennità. Primi appunti su nodi irrisolti e profili applicativi*, in M. Menegotto - P. Rauser - P. Tomassetti (a cura di), *Decreto dignità. Commentario al d.l. n. 87/2018, convertito dalla l. n. 96/2018*, Adapt University Press, Adapt Labour Studies e-Book series, n. 76/2018, p. 127 ss.; G. Mimmo, *Sub art. 3. Indennità di licenziamento ingiustificato e incremento contribuzione contratto a tempo determinato*, in G. Mimmo - A. Sgroi, *Il decreto dignità. Contratti a termine, somministrazione di lavoro, lavoro occasionale e indennità risarcitoria per licenziamento illegittimo*, Pisa 2018, pp. 95 ss.; A. Sartori, *Prime osservazioni sul decreto "Dignità": controriforma del Jobs Act con molte incognite*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I (2018), pp. 666-668.

²⁰ V. in particolare il par. 15 delle motivazioni di C. Cost. 8 novembre 2018, n. 194. La pronuncia, che si segnala anche per un utilizzo abbastanza audace di fonti internazionali solitamente neglette, come la Carta sociale europea, ha stimolato reazioni polarizzate nella dottrina: v., per es., i commenti di P. Ichino, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, e di M. T. Carinci, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs Act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II (2018), pp. 1050 ss. e, rispettivamente, pp. 1059 ss. Tra i primissimi commenti v. anche S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Working Papers C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'*, sezione italiana, n. 378/2018; G. Zilio Grandi, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2 (2018).

²¹ Per ironia della sorte, la prima pronuncia di un giudice di merito a dare applicazione al *decisum* della Corte costituzionale riguarda proprio un licenziamento collettivo con vizi di procedura: il lavoratore, che era stato assunto nel 2016, si è visto liquidare ben 12 mensilità di retribuzione, tenuto conto, per un verso, della gravità dei difetti che affliggevano la comunicazione introduttiva della procedura e, per l'altro, del ridotto numero di dipendenti occupati. Cfr. Trib. Bari (ord.), 11 ottobre 2018, che ha addirittura anticipato il deposito della sentenza del supremo giudice delle leggi, intervenuto quasi un mese dopo.

3. Il coinvolgimento dei lavoratori nell'ambito dei licenziamenti collettivi: una partecipazione sempre più debole.

Una parte della dottrina, e penso a D'Antona *in primis*, ha sottolineato come il varo della legge n. 223/1991 abbia comportato il passaggio dal controllo *ex post* da parte del giudice, imperniato sul rispetto formale della procedura e sulla sussistenza del requisito sostanziale dello stabile ridimensionamento della struttura aziendale, a quello procedurale *ex ante*, fondato sui diritti sindacali di informazione ed esame congiunto e sull'intervento, anche in funzione mediatrice, della pubblica autorità²². Tale accorta dottrina preconizzava un rilievo sempre maggiore della negoziazione tra le parti sociali di livello aziendale in merito alle cause della progettata riduzione di personale e alle possibili misure alternative ai licenziamenti²³. A oltre 25 anni di distanza dall'approvazione di tale fondamentale provvedimento normativo, bisogna constatare come né il legislatore, né le parti sociali e, infine, nemmeno i giudici abbiano preso troppo sul serio il confronto sindacale, prefigurato nella disciplina sui licenziamenti collettivi.

Partiamo dal legislatore: già con la legge Fornero passa il principio che i vizi della procedura danno diritto soltanto all'indennità risarcitoria rafforzata, compresa tra 12 e 24 mensilità di retribuzione, ma non più alla reintegrazione, come avveniva, invece, in precedenza grazie alle sinergie tra il vecchio testo dell'art. 18, *stat. lav.*, e gli artt. 4, co. 12, e 5, co. 3, l. n. 223/1991. Il principio è stato ribadito dal *Jobs Act*, che aveva pure smorzato il contenuto dell'indennità, sceso nell'importo minimo a 4 mensilità di retribuzione (art. 10, d. lgs. n. 23/2015). Va sottolineata l'esiguità di una tale somma, che non riveste i caratteri dell'apparato sanzionatorio ripetutamente richiesto dalla Corte di giustizia per garantire il rispetto del diritto dell'Unione europea. Gli Stati membri sono dunque liberi, ai sensi della direttiva 98/59/CE, di cui gli artt. 4-5 e 24, l.

²² M. D'Antona, *Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/1991*, in *Il Foro italiano*, I (1993), col. 2027 ss. La riflessione del compianto maestro è stata accolta con entusiasmo dalla giurisprudenza, che la ripropone senza sosta nelle sue massime: cfr., solo per restare alle più recenti, Cass., sez. lav., 21 febbraio 2011, n. 4150, in *Guida al diritto*, 16 (2011), p. 60 (s.m.); Cass., sez. lav., 8 ottobre 2013, n. 22873, in *Diritto e giustizia online*, 9 ottobre 2013, nt. R. Dulio; Cass., sez. lav., 7 febbraio 2017, n. 3176; Cass., sez. lav., n. 30550/2018, cit.

²³ M. D'Antona, op. ult. cit.

n. 223/1991 sono attuazione, di individuare autonomamente le sanzioni applicabili quando siano violati i diritti di informazione e consultazione previsti in favore dei rappresentanti dei lavoratori, purché tali sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive²⁴. L'indennità del *Jobs Act*, in particolare negli importi più bassi, non appariva dunque conforme al diritto europeo, come era stato prontamente segnalato da una parte della dottrina²⁵. La questione si pone ora chiaramente in modo diverso, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale: si possono infatti ritenere fugati i dubbi di contrasto con il diritto dell'UE, in quanto il giudice potrà ora liquidare un'indennità adeguata anche sotto il profilo dissuasivo. D'altro canto, non risulta superato, di contro viene definitivamente acquisito al sistema, il principio della monetizzazione dei vizi di procedura del licenziamento collettivo²⁶.

L'effetto sinergico delle due riforme in punto di rimedi contro l'inadempimento datoriale agli obblighi di coinvolgimento dei lavoratori va chiaramente nella direzione dell'indebolimento del ruolo del confronto sindacale²⁷. Si badi bene che l'irrobustimento del regime risarcitorio,

²⁴ La giurisprudenza della Corte di giustizia UE è costante in questo senso sin dal *leading case Von Colson* (Corte di giustizia 10 aprile 1984, C-14/83, in *Raccolta di giurisprudenza della Corte*, 1984, p. 1892, spec. punti 23-24). Gli Stati membri sono liberi nella scelta dell'apparato sanzionatorio, che può essere tanto risarcitorio (compresi i *punitives damages*), quanto ripristinatorio. V. *ampius* S. Giubboni, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Milano 2017, pp. 196 ss.; O. Razzolini, *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno*, in *Lavoro e diritto*, 2017, pp. 454 e 456 ss.

²⁵ Nel senso del contrasto con la direttiva sui licenziamenti collettivi e, per suo tramite, anche dell'art. 30, Carta dei diritti fondamentali dell'UE, v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Working papers C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'*, sezione italiana, n. 246/2015, p. 22; A. Lassandari, *L'ordinamento perduto*, in *Lavoro e diritto*, 2015, p. 72; P. Saracini, *La tutela indennitaria nel contratto di lavoro a tutele crescenti al cospetto dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2016, spec. p. 557, secondo la quale il contrasto riguarda soprattutto il parametro esclusivo dell'anzianità, inidoneo a ristorare il pregiudizio subito dal lavoratore (p. 556); M. Corti, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act*, cit., pp. 198-199.

²⁶ Si tenga presente che C. Cost. n. 194/2018, sulla scorta della precedente giurisprudenza costituzionale sul punto, fugò ogni dubbio che il rimedio reintegratorio si collochi nella disponibilità del legislatore ordinario, che può ben optare per un regime puramente indennitario, non godendo la reintegrazione di copertura costituzionale. Cfr. il par. 9.2 delle motivazioni della pronuncia.

²⁷ V. P. Lambertucci, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, in

conseguito alla già più volte menzionata decisione della Consulta, sposta di poco queste conclusioni. I lavoratori saranno ulteriormente incoraggiati a ricorrere in giudizio in via individuale per ottenere un adeguato ristoro economico per i recessi in violazione delle regole del confronto collettivo: per conseguenza, un eventuale coinvolgimento tardivo del sindacato in una nuova procedura di licenziamento, a fronte della reintegrazione di un numero cospicuo di ex dipendenti, non si intravede più nemmeno all'orizzonte.

Non appare particolarmente edificante nemmeno l'accordo di sanatoria dei vizi della comunicazione iniziale, introdotto sempre dalla legge Fornero. Esso risulta certo comprensibile alla luce di alcuni orientamenti eccessivamente formalisti della giurisprudenza, che ha talora sanzionato con l'inefficacia anche lievi irregolarità di procedura, e perfino quando sia poi intervenuto un accordo sindacale²⁸. E tuttavia l'accordo sanante trasmette il messaggio che nell'impostare la negoziazione in sede sindacale si possa evitare di mettere da subito tutte le carte in tavola. E' quanto meno auspicabile che si affermi l'interpretazione secondo cui tale intesa deve vertere specificamente sulla regolarizzazione della comunicazione iniziale, con piena conoscenza della controparte sindacale dei vizi che affliggevano la stessa²⁹.

Argomenti di diritto del lavoro, 2013, spec. p. 262; M. Barbieri, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M. T. Carinci - A. Tursi (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 122; R. Pessi, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, pp. 35-36; F. Santoni, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, cit., pp. 133-134; L. Venditti, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi nel d. lgs. n. 23/2015*, in F. Santoni - M. Ricci - R. Santucci (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, Napoli 2016, p. 93.

²⁸ V., per restare alle più recenti, Cass., sez. lav., 6 febbraio 2017, n. 3045, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2017, p. 662, nt. F. Di Noia, secondo la quale, tra l'altro, la l. Fornero sul punto avrebbe carattere innovativo (e sarebbe quindi priva di efficacia retroattiva); Cass., sez. lav., 29 marzo 2018, n. 7837. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali v. M. Corti, *Dalla tutela della professionalità e del posto di lavoro alla formazione continua e ai servizi per l'impiego. I 40 anni degli artt. 13 e 18 st. lav.*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I (2011), p. 143, in nota.

²⁹ In questo senso v., per es., P. Albi, *I licenziamenti collettivi*, in M. Cinelli - G. Ferraro - O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino 2013, p. 312; U. Carabelli - S. Giubboni, *Il licenziamento collettivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari 2013, p. 395; P. Lambertucci, *La disciplina dei licenziamenti*

La mia affermazione che nemmeno le parti sociali hanno preso troppo sul serio il confronto sindacale sui licenziamenti può apparire una provocazione, ma non lo è. Non voglio certo dire che in sede di esame congiunto il sindacato e i datori non si impegnino, insieme alle autorità regionali e statali, a ricercare soluzioni per diminuire il numero dei licenziamenti prospettati o, quanto meno, ridurre il loro impatto sociale. Stupisce, invece, che i ricorsi per condotta antisindacale nell'ambito della procedura di licenziamento collettivo siano assai poco diffusi³⁰. Ci sono buone ragioni per ritenere, anche sulla scorta della direttiva europea 98/59, che l'esame congiunto di cui all'art. 4, legge n. 223/1991 configuri un obbligo a trattare in buona fede in capo al datore di lavoro. Qui si impone, infatti, un'esegesi ossequiosa della direttiva europea, che, in caso di licenziamenti collettivi, prescrive al datore di consultare in tempo utile i rappresentanti dei lavoratori "al fine di giungere ad un accordo" (art. 2, par. 1, dir.): che si tratti di un vero e proprio obbligo a trattare è stato precisato dalla Corte di giustizia³¹. Va poi ricordato che, ai sensi dell'art. 1337, c.c., quando le parti siano impegnate in una trattativa contrattuale,

collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni, cit., p. 250; M. Ricci - A. Olivieri-C. Corbo, *Nozione e procedura*, cit., p. 1286; M. Corti, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act*, cit., p. 163, nt. 286. In giurisprudenza v., seppur in *obiter dictum*, Cass., sez. lav., n. 3045/2017, cit.
³⁰ V. Pret. Milano, 29 giugno 1992, in *Foro italiano*, I (1993), col. 2026, nt. M. D'Antona; Pret. Milano, 25 marzo 1994, *ivi*, I (1994), col. 2572; Pret. Milano, 28 giugno 1994, in *Orientamenti di giurisprudenza del lavoro*, I (1994), p. 320; Pret. Milano, 20 novembre 1995, in *D&L Rivista critica di diritto del lavoro*, 1996, p. 401; Pret. Lodi, 28 luglio 1995, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II (1996), p. 619; Pret. Milano, 17 gennaio 1996, *ivi*, 1996, p. 626; Pret. Milano, 7 gennaio 1998, *ivi*, 1998, p. 379; Trib. Milano, 23 dicembre 2002, *ivi*, 2003, p. 301; Trib. Busto Arsizio, 12 aprile 2006, *ivi*, 2006, p. 766; Trib. Milano, 13 maggio 2006, *ibidem*, p. 758; Cass., sez. lav., 18 giugno 2008, n. 16517; Trib. Roma, 11 febbraio 2016.

³¹ V., seppur in *obiter dictum*, Corte di giustizia, 27 gennaio 2005, C-188/03 (caso *Junk*), in *Raccolta di giurisprudenza della Corte*, 2005, p. 885, punto 43. In dottrina v., tra gli altri, M. Magnani, *Direttive comunitarie di vecchia e nuova generazione e trasformazioni dell'impresa*, in L. Ficari (a cura di), *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Milano 2006, p. 148; A. Lo Faro, *Le direttive in materia di crisi e ristrutturazioni di impresa*, in S. Sciarra - B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, G. Ajani - G. A. Benacchio (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino 2009, pp. 407-408; A. Topo, *I licenziamenti collettivi*, in F. Carinci - A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, tomo IX, Torino 2010, p. 722; M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., pp. 86-87; M. Roccella-T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Padova 2016, p. 413.

poco importa se questa sia imposta dalla legge, come nel caso dei licenziamenti collettivi, oppure liberamente scelta, devono comportarsi secondo buona fede³². L'esiguo numero di pronunce conseguenti a un ricorso *ex art. 28, stat. lav.* sembra, però, indicare che il sindacato non ha sfruttato la procedura per ottenere una reale "co-gestione" delle fasi di ristrutturazione aziendale, il cui presupposto è un atteggiamento datoriale leale e aperto al dialogo senza posizioni precostituite³³. E' spesso prevalsa un'ottica in cui il sindacato cerca di limitare i danni, specie quando, come accaduto durante l'ultima grande crisi, il legislatore mette in campo risorse cospicue per garantire la stabilità sociale.

La procedura ha riscosso viceversa un gran successo nell'ambito delle vertenze individuali. Vi è una giurisprudenza addirittura alluvionale sui requisiti della comunicazione iniziale e sulla tempistica corretta di quella finale, con atteggiamento per lo più molto rigoroso dei giudici e reciproca soddisfazione per i lavoratori ricorrenti³⁴. Nulla però che aiuti a rafforzare il momento del confronto sindacale sulle ragioni dei licenziamenti, le soluzioni per farvi fronte e le strategie future dell'impresa.

Infine, quando la legge Fornero, prima, e il *Jobs Act*, poi, degradano a indennità risarcitoria la tutela individuale per i vizi di procedura del licenziamento collettivo (v. *retro*), i giudici non mostrano alcuna intenzione di rafforzare le prospettive della partecipazione. E'

³² Cfr. C. Zoli, *La procedura*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, Torino 1997, pp. 80-81; M. Corti, *Sub art. 1, 2 e 4 – Informazione e consultazione in Italia tra continuità formale e sviluppi sistematici*, in M. Napoli (a cura di), *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori*, cit., pp. 906-907.

³³ Per un risalente, quanto raro, esempio di utilizzo dell'art. 28, *stat. lav.* a questi fini v. P. Milano, 25 marzo 1994, cit. Il giudice milanese aveva ravvisato la condotta antisindacale nel "comportamento tenuto dal datore di lavoro che, nel corso della procedura di mobilità *ex art. 4 legge n. 223 del 1991*", aveva fornito "alle organizzazioni sindacali competenti informazioni insufficienti e generiche e" non aveva manifestato "reale disponibilità all'esame congiunto di cui al comma 3 dello stesso articolo". In molti dei casi citati *retro* alla nota 30, invece, il sindacato si era mosso soltanto perché la procedura era stata radicalmente omessa, o perché escluso dalla trattativa svolta dal datore con altre organizzazioni.

³⁴ Sulle comunicazioni iniziali v. *retro* la nota 28. Su quelle finali *ex art. 4, co. 9, l. n. 223/1991*, v., solo per restare alle più recenti, Cass., sez. lav., 18 novembre 2015, n. 23616; Cass., sez. lav., 8 gennaio 2016, n. 157, in *Guida al diritto*, 7 (2016), p. 55; Cass., sez. lav., 5 febbraio 2016, n. 2322. *Contra*, però, nel senso che non sia necessaria un'assoluta coincidenza temporale, v. Cass., sez. lav., 4 gennaio 2017, n. 67, in *Guida al diritto*, 4 (2017), p. 64.

emblematico in questa direzione un recente caso romano. Nell'ambito di un licenziamento collettivo per fine appalto, l'appaltatore omette completamente la procedura. Il sindacato ricorre al giudice per condotta antisindacale: il tribunale di Roma, con decreto 11 febbraio 2016, dichiara l'antisindacalità della condotta datoriale, ma non ordina all'azienda di revocare i licenziamenti. Nel caso di specie vi era forse una ragione pratica: la gestione dell'appalto in questione costituiva l'unica attività della società. Ciò che preoccupa, però, è l'argomentazione giuridica sulla base della quale il tribunale si rifiuta di rimuovere gli effetti della condotta antisindacale: sarebbe irrazionale garantire al sindacato una tutela maggiore di quella che l'ordinamento appresta quando i lavoratori agiscono *uti singuli*³⁵. E poiché i lavoratori erano stati tutti pacificamente assunti nel luglio del 2015, nell'impossibilità di liquidare al sindacato le indennità previste dalla lettura combinata degli artt. 3, co. 1 e 10, d. lgs. n. 23/2015³⁶, il decreto si limita a confermare l'avvenuta interruzione dei rapporti di lavoro e a declamare l'antisindacalità del comportamento datoriale, ordinando all'impresa di affiggere il decreto nelle bacheche aziendali in luogo accessibile a tutti per la durata di un mese.

L'equivoco in cui cade il giudicante è non solo pericoloso, ma anche mortificante per i meccanismi partecipativi. Un punto fermo del diritto sindacale italiano è costituito dal principio che il sindacato rappresenta un interesse collettivo, non riconducibile alla mera somma di quelli individuali³⁷. Questa caratteristica è ancora più pronunciata nell'ambito

³⁵ Più precisamente, il tribunale ritiene che "sarebbe [...] inconcepibile ipotizzare che il sindacato possa ottenere, nella fattispecie, una tutela addirittura superiore a quella cui potrebbero ambire i singoli dipendenti".

³⁶ In quanto "il sindacato istante non ha formulato alcuna domanda in tal senso", e, in ogni caso, anche se l'avesse fatto, "sarebbe stato privo di qualsivoglia proprio interesse giuridicamente rilevante ad azionare tale tutela (evidentemente possibile oggetto di domanda esclusivamente da parte dei singoli lavoratori licenziati)". Peraltro, a mio avviso, l'ipotesi *de qua*, in cui la procedura è stata totalmente omessa, non sarebbe tanto assimilabile al vizio di procedura, quanto al licenziamento "senza osservanza della forma scritta", e perciò assoggettata al rimedio della reintegrazione cd. "rafforzata", ovvero con diritto all'integrale risarcimento del danno, parametrato alle retribuzioni perse con un minimo di 5 (cfr. l'art. 10, co. 1, d. lgs. n. 23/2015, che rimanda al rimedio di cui all'art. 2 dello stesso decreto).

³⁷ V. per tutti M. Napoli, *Il sindacato*, Milano 2009, pp. 20-24: "l'interesse collettivo è imputato al gruppo sociale di riferimento [...], come forma proiettiva e trascendente degli interessi individuali" (p. 20). Napoli continua ricollegando l'interesse collettivo al principio di organizzazione sul quale è imperniato, a suo avviso, il fenomeno sindacale.

degli strumenti partecipativi, come i diritti sindacali di informazione e consultazione. In essi il sindacato fa valere un interesse collettivo proprio, cui non corrisponde nemmeno in astratto un interesse individuale dei lavoratori, come invece accade quando si tratti di profili di regolazione attinenti ai rapporti di lavoro. Ed è tale interesse che viene tutelato mediante il ricorso per la repressione della condotta antisindacale ex art. 28, *stat. lav.* Quest'ultima disposizione richiede il ripristino dello *status quo* precedente il comportamento antisindacale anche nell'ipotesi di condotte datoriali pluri-offensive, a prescindere dai rimedi che l'ordinamento appresta in favore dei lavoratori *uti singuli*³⁸. Insomma, se i ripetuti interventi legislativi sulla disciplina dei licenziamenti collettivi hanno nel complesso indebolito il confronto sindacale, i giudici non sembrano per ora intenzionati a consentire il recupero di un *plus* di tutela dei diritti di coinvolgimento dei lavoratori attraverso l'azione per la repressione della condotta antisindacale.

4. Il futuro della partecipazione in Italia: l'inevitabilità di un sostegno normativo.

Dalle brevi considerazioni appena svolte, appare drammaticamente chiaro il ritardo del nostro Paese sulle tematiche partecipative, anche in una materia come quella dei licenziamenti collettivi, nella quale i diritti di informazione e consultazione sindacale sono presenti sin dalle origini.

Va ricordato come la situazione sia ben diversa nei nostri principali partners dell'Unione europea. Sia in Germania, sia in Francia, seppur con modalità assai diverse, la negoziazione sui licenziamenti collettivi è puntellata dall'obbligo datoriale di adottare un piano sociale. Nel colosso

In questo modo, l'interesse collettivo, lungi dall'essere predeterminato una volta per tutte e limitato a un nucleo minimo di condizioni di lavoro, "investe l'intera condizione lavorativa" ed è "promosso e difeso dall'organizzazione in relazione ai bisogni dei lavoratori" (p. 22). L'interesse collettivo, di cui il sindacato è portatore, è stato identificato e posto a fondamento dell'intero diritto sindacale, fra i primi, da F. Santoro Passarelli, in ogni edizione del suo fortunato manuale. V. qui l'ultima: F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli 1995, p. 29, ove si afferma che l'interesse collettivo "non è la somma di interessi individuali, ma la loro combinazione, ed è indivisibile, nel senso che viene soddisfatto non da più beni atti a soddisfare bisogni individuali, ma da un unico bene atto a soddisfare il bisogno della collettività".

³⁸ Su questi profili v. T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano 1974, ancora di stupefacente attualità.

mitteleuropeo, dunque, in presenza di progetti di modifiche dell'unità produttiva (*Betriebsänderungen*) con impatto rilevante sui livelli occupazionali si avvia una trattativa tra il consiglio d'azienda (*Betriebsrat*) e il datore per raggiungere una composizione di interessi (*Interessenausgleich*)³⁹. Qualora non sia possibile addivenire a un accordo, la negoziazione si sposta sui contenuti del piano sociale (*Sozialplan*): in quest'ultima ipotesi si è di fronte a un vero e proprio obbligo a contrarre in capo al datore di lavoro, poiché il mancato consenso conduce comunque all'adozione del piano sociale, mediante i meccanismi codecisionali tipici della *Mitbestimmung* tedesca (più precisamente, la decisione sul *Sozialplan* è adottata da un organismo arbitrale, denominato *Einigungsstelle*). In Francia la trattativa tra i sindacati e la direzione aziendale sul *plan de sauvegarde de l'emploi* è favorita dalla circostanza che il piano condiviso è oggetto di uno scrutinio amministrativo di adeguatezza assai più leggero rispetto a quello adottato unilateralmente dal datore⁴⁰. In Germania il licenziamento collettivo intimato in violazione delle regole appena viste comporta la liquidazione di indennità assai pesanti in favore dei lavoratori che hanno perso il posto, fermo il diritto alle somme stabilite dal *Sozialplan*⁴¹, mentre in Francia tale recesso è nullo, con conseguente reintegrazione dei lavoratori in azienda⁴².

Ampliando lo sguardo oltre il coinvolgimento sindacale nella gestione delle crisi e ristrutturazioni aziendali, per attingere la partecipazione dei lavoratori nel suo complesso, il nodo del problema in Italia non riguarda tanto il fatto che essa sia poco praticata, come aveva del resto profeticamente intuito Mario Napoli. Il sistema di relazioni industriali del nostro Paese vive di momenti continui di confronto tra le parti sociali: il vero problema è l'informalità delle pratiche partecipative e l'incapacità, diffusa a tutti i livelli del sistema, di favorire la creazione di un modello di coinvolgimento dei lavoratori basato sul rispetto di regole chiare e non

³⁹ V. M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., pp. 140-141.

⁴⁰ Cfr. M. Corti, *Le nuove frontiere della partecipazione in Francia*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2014, p. 291; G. Auzero - D. Baugard - E. Dockés, *Droit du travail*, Paris, 2017, p. 646 ss.

⁴¹ Cfr. M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 145.

⁴² M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 237; G. Auzero - D. Baugard - E. Dockés, *Droit du travail*, cit., p. 665.

sulla buona volontà degli attori del momento⁴³. Sotto questo profilo il d. lgs. n. 25/2007, appiattito su un anodino avviso delle parti sociali, non è riuscito a rappresentare un punto di svolta⁴⁴.

L'idea del sostegno legislativo alla partecipazione riemerge carsicamente, sia a livello di progettualità legislativa, sia a livello normativo, senza però approdare a concretizzazione alcuna. In questo senso è emblematico l'abbandono della delega contenuta nel co. 62 dell'art. 4, l. n. 92/2012: essa prefigurava una pura legislazione di sostegno, che avrebbe offerto alle parti sociali di livello aziendale un quadro di riferimento per la sperimentazione di diverse forme partecipative, da quelle economico-finanziarie a diritti di informazione e consultazione rafforzati, per giungere a forme di co-decisione e perfino alla cogestione negli organi societari, ma senza costringerle ad alcunché⁴⁵. La scorsa legislatura si è caratterizzata per il consueto immobilismo sulle tematiche partecipative, e quella inaugurata nell'estate del 2018 non promette alcuna discontinuità in materia. Si tratta di un atteggiamento miope dei *policy makers*⁴⁶, proprio nel momento in cui, ai massimi livelli, i sindacati e le organizzazioni datoriali sembrano aver trovato un'intesa perfino sulle forme più robuste di partecipazione, come quelle che comportano la

⁴³ Cfr. M. Napoli, *Note introduttive. L'informazione e la consultazione sono un diritto*, cit.

⁴⁴ Per un commento a questo decreto, il cui impatto pressoché nullo sul sistema di relazioni industriali ha sicuramente deluso le aspettative di una parte della dottrina, v., oltre a M. Napoli (a cura di), *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori*, cit., anche F. Lunardon (a cura di), *Informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori. D. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, Milano 2008, e S. Leonardi (a cura di), *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa. I diritti di informazione e consultazione dopo il d. lgs. 25/2007*, Roma 2010.

⁴⁵ Per un commento alla disposizione v., per tutti, F. Guarriello, *I diritti di informazione e partecipazione*, in M. Cinelli - G. Ferraro - O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, cit., pp. 751 ss.

⁴⁶ L'ultima "delusione" è rappresentata dal d.d.l. n. 1051, che riprende la sostanza della delega contenuta nella l. Fornero, prevedendone l'immediata attuazione (senza deleghe al Governo): purtroppo, l'iter del disegno di legge si è arrestato nel 2015. Per un breve commento del progetto, v. l'accurato appello della Commissione di studio di diritto sindacale e del lavoro dell'Unione giuristi cattolici italiani, della quale faccio parte, a cura di M. Ferraresi, *Appello per l'attuazione dell'art. 46 della Costituzione sulla partecipazione dei lavoratori nell'impresa*, in *Iustitia*, 2017, pp. 157 ss.

presenza di rappresentanti dei lavoratori negli organi direttivi delle imprese (cogestione societaria)⁴⁷.

In un periodo storico in cui il conflitto collettivo appare uno strumento sempre più inadeguato per consentire al sindacato di influire sulle decisioni aziendali, il rilancio della partecipazione in un quadro legislativo sintonico potrebbe contribuire ad affrontare in modo più efficace e condiviso le enormi sfide che si prospettano nella transizione ai modelli produttivi della cd. industria 4.0⁴⁸.

Abstract. The essay examines the thought of Mario Napoli on employee participation and collective dismissals, while deepening the aspect of the employee information and consultation procedure in the light of the most recent evolutions in legislation and case law. The author concludes the article by outlining the inexcusable delay of the national legal order in implementing employee participation, which is even more serious in the context of the delicate transition to productive systems of Industry 4.0.

Keywords. Mario Napoli; employee participation; collective dismissals; “Fornero” reforms of dismissals; contract with growing protection; “Renzi’s” Jobs Act; information and consultation of employees; anti-Union behaviour.

⁴⁷ Ci si riferisce al par. 6, lett. e), dell’accordo interconfederale CGIL, CISL, UIL, Confindustria del 9 marzo 2018, dal titolo “Partecipazione”. A chi scrive pare una vera e propria apertura alla cogestione la frase finale: “Confindustria e CGIL, CISL e UIL considerano, altresì, un’opportunità la valorizzazione di forme di partecipazione nei processi di definizione degli interessi strategici dell’impresa”. Nello stesso senso A. Sartori, *L’accordo interconfederale del 9 marzo 2018: un preludio alla legge sindacale?*, in corso di pubblicazione su *Jus, Rivista di Scienze giuridiche*, 3 (2018), par. 5.

⁴⁸ La dottrina giuslavoristica non può certo essere rimproverata di non aver mantenuto elevata l’attenzione sul tema anche nei tempi più recenti. V., tra i contributi più significativi del corrente decennio, R. Caragnano, *Il Codice della partecipazione. Contributo allo studio della partecipazione dei lavoratori*, Milano 2011; M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori*, cit.; M. Biasi, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzione e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Milano 2013; A. Durante, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa tra libertà economica e democrazia industriale. L’ordinamento giuridico europeo e le prospettive italiane*, Mantova 2013; C. Zoli, *La partecipazione dei lavoratori in Italia tra vecchi e nuovi modelli*, in *Diritti lavori mercati*, 2013, pp. 557 ss.; C. Zoli (a cura di), *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, Torino 2015.

Calogero Micciché

*Assegnista di ricerca di diritto amministrativo, Università Cattolica del
Sacro Cuore – sede di Milano*

L'azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia*

The preventive action to combat the mafia organizations and the interdictory anti-mafia informations: between legality and effectiveness

SOMMARIO: 1. Il contrasto delle mafie come funzione irrinunciabile e in divenire dello Stato di diritto. - 2. Misure di prevenzione e principio di legalità. - 3. Il problema delle informazioni antimafia interdittive. - 4. La necessità di contornare l'istituto delle informazioni antimafia di maggiori garanzie anche procedurali.

1. Il contrasto delle mafie come funzione irrinunciabile e in divenire dello Stato di diritto

Se i fenomeni criminali, anche organizzati, sono da sempre parte dell'esperienza umana, le organizzazioni di stampo mafioso sono una peculiarità dei tempi moderni. Queste organizzazioni, infatti, non esistono solo per compiere atti violenti e illegali, ma sono sorte esercitando, e perciò rivendicando, un potere territoriale che le ha rese, fin dai propri albori ottocenteschi, l'espressione del rifiuto dello Stato quale istituzione capace di ridurre «ad unità gli svariati elementi di cui consta» e che detiene «un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto»¹.

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Così S. Romano, in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano 1969, p. 8 (discorso inaugurale dell'a.a. 1909-1910 presso la Regia Università di Pisa, pubblicato per la prima volta in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, p. 87). È a partire da questa visione che l'illustre Maestro ha ritenuto di poter difendere lo Stato anche «quando nella pratica i suoi istituti si corrompono e degenerano, e l'inevitabile, permanente contrasto tra la forza oggettiva del diritto e la potenza arbitraria di chi detiene il potere tende a risolversi in favore di quest'ultima», giacché, anche allora, «rappresenta sempre in grande vantaggio e un grande progresso il fatto che tutto ciò non può

La sfida alla sovranità pubblica insita nella natura delle logge mafiose negli anni è andata diventando sempre più pervasiva e pericolosa per la tenuta dello Stato di diritto², ciò anche in considerazione del fatto che la cultura mafiosa ha finito per alimentare ed essere a sua volta sostenuta dal diffondersi di più generali forme di illegalità e corruzione³.

Questa situazione ha reso le politiche di contrasto alle organizzazioni criminali un'urgente necessità alla quale le istituzioni pubbliche hanno risposto approntando strumenti via via più incisivi. Si è così passati dall'iniziale repressione solo penale e, dunque, *ex post*, al contrasto amministrativo preventivo. In tal senso, essendosi compreso che anche il potere criminale si alimenta per mezzo del denaro, il legislatore ha assegnato all'amministrazione strumenti innovativi attraverso cui colpire il patrimonio delle organizzazioni criminali e la loro capacità di generare e riciclare ricchezza.

considerarsi che come uno stato di cose che, lungi dall'essere consacrato e riconosciuto dall'ordinamento giuridico, si rivela a questo contrario» (p. 9).

D'altra parte si consideri che l'insanabilità del contrasto tra lo Stato e le mafie trova conferme anche nella più recente crisi che sta attraversando la sovranità statale e che è determinata dalle dinamiche della globalizzazione e perciò pure dal proliferare del crimine transnazionale.

² Circa la percezione di questo fenomeno si veda C.E.D.U., sentenza Cacucci e Sabatelli contro Italia, 7 giugno 2014 (ricorso n. 29797/09), secondo cui «il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto in Italia proporzioni davvero preoccupanti. I profitti smisurati che le associazioni di stampo mafioso traggono dalle loro attività illecite conferiscono loro un potere la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato» (§ 41).

³ In tal senso cfr. N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo. L'Amministrazione pubblica dei beni confiscati*, Napoli 2017, pp. 20-21, per il quale la «diffusione della corruzione quale metodo per regolare le relazioni tra le imprese e le amministrazioni pubbliche» è un «fenomeno che ha acquisito in molti sistemi statali un carattere endemico ed implica una grave compromissione del funzionamento ordinario degli apparati amministrativi. Ovviamente il ricorso alla corruzione può diventare una strategia anche dei gruppi criminali organizzati, ma ciò non esclude che possa trovare riscontro nell'iniziativa autonoma degli operatori economici che cercano di conseguire illecitamente posizioni di vantaggio nei rapporti con i pubblici poteri». Sul rapporto tra mafia e corruzione, nonché pure tra lotta alla mafia e alla corruzione, si vedano F. Astone, *Interdittive antimafia e "commissariamento" delle imprese (avuto riguardo al settore degli appalti pubblici)*, in *Giustamm.it*, 7 (2018); M. Mazzamuto, *Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese*, in *Giur. it.*, 10 (2018), p. 2222. Per F. Manganaro, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 11 (2014), «[l]a lotta alla corruzione nei contratti pubblici coincide con il contrasto alla criminalità organizzata, non fosse altro perché quando l'impresa criminale partecipa agli appalti pubblici il suo potere intimidatorio cancella ogni forma di concorrenza».

Il citato cambio di passo non è stato facile. Al contrario è stato scandito da omicidi e stragi che hanno segnato la coscienza civile e la memoria della Repubblica. Un momento importante per il nuovo corso è stata l'approvazione della legge 13 settembre 1982, n. 646, nota come legge Rognoni-La Torre⁴, che ha istituito il reato di associazione mafiosa (art. 416-*bis* c.p.) e introdotto nuovi strumenti amministrativi per il contrasto alla mafia. In particolare con quella legge si sono previste, quale effetto inevitabile della condanna penale per associazione mafiosa, la decadenza di diritto delle «licenze di polizia, di commercio, di commissionario astatore presso i mercati annonari all'ingrosso, [del]le concessioni di acque pubbliche e [de]i diritti ad esse inerenti nonché [del]le iscrizioni agli albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche di cui il condannato fosse titolare» (art. 1, introduttivo dell'art. 416-*bis* c.p.), e pure la confisca delle «cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego». Quella legge ha altresì introdotto il potere di confiscare preventivamente i beni di chi fosse anche solo indiziato di associazione mafiosa⁵, purché, «sulla base di sufficienti indizi, come la notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si [avesse] motivo di ritenere [fossero] il frutto di attività illecite o ne [costituissero] il reimpiego» (art. 14, integrativo dell'articolo 2 della legge 31 maggio 1965, n. 575)⁶.

⁴ Il che non esclude che alcune misure fossero state introdotte già prima. Al riguardo cfr. art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575.

⁵ Si tratta di una misura di prevenzione patrimoniale (c.d. sanzione *ante delictum*) dal carattere extrapenale, in quanto non presuppone l'accertamento di un reato né tanto meno di una condanna, ma l'accertamento di elementi sintomatici di una pericolosità sociale particolarmente qualificata e di una provenienza illecita dei beni. Ne discende che questo tipo di confisca non è limitata alle cose che costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto del reato, ma ha una portata più ampia.

⁶ La misura è adesso disciplinata dall'art. 24 del d.lgs. n. 159/2011 (Codice antimafia), il cui primo comma prevede che «[i]l tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. In ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale. Se il tribunale non dispone la confisca, può applicare

L'azione di riforma e di inasprimento del diritto antimafia iniziata nel 1982 è proseguita negli anni successivi, introducendo ulteriori misure volte a colpire non più solo i soggetti associati, ma pure coloro che, operando in modo opaco, con la propria attività agevolino – o possano agevolare – l'attività delle organizzazioni mafiose. Quest'ampliamento del fronte di contrasto, ancora una volta, è avvenuto tanto sul piano penale, dove ha iniziato a essere contestato il reato di concorso esterno in associazione mafiosa⁷, quanto sul piano della prevenzione amministrativa che si è arricchita delle comunicazioni antimafia (legge 23 dicembre 1982, n. 936) e, soprattutto, delle informazioni prefettizie antimafia (d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490). Il diritto dell'antimafia sorto con quegli interventi normativi negli anni successivi è stato affinato sino a confluire nel vigente Codice antimafia (d.lgs. n. 6 ottobre 2011, n. 159), da cui adesso va intrecciandosi con le altre disposizioni introdotte per contrastare i più diffusi fenomeni di corruzione (legge 6 novembre 2012, n. 190) e assicurare la libertà dei mercati (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Ciò evidentemente nella consapevolezza che la criminalità mafiosa è adesso soprattutto criminalità economica.

2. Misure di prevenzione e principio di legalità

Nonostante l'azione di contrasto condotta contro le mafie sin qui non sia stata sufficiente a sconfiggerle, ha permesso di contenerne e attenuarne la capacità espansiva. Ne sono una prova tangibile le migliaia di beni confiscati alle organizzazioni criminali e adesso restituiti a usi sociali attraverso l'attività dell'Agenzia Nazionale per i Beni Confiscati⁸.

anche d'ufficio le misure di cui agli articoli 34 e 34-bis ove ricorrano i presupposti ivi previsti».

⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 13 giugno 1987, Altivalle, CED-177889.

⁸ Le statistiche dell'attività svolta dall'Agenzia Nazionale sono disponibili sul sito www.benisequestraticonfiscati.it. A titolo esemplificativo si consideri che nel solo 2018 l'Agenzia ha gestito sul territorio nazionale un patrimonio di ben 16.874 beni immobili. Con riguardo alla confisca e all'attività svolta dall'Agenzia si vedano M. Mazzamuto, *L'agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015; Id., *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, *Giur. it.*, 2 (2013), p. 478; A. Cisterna (a cura di), *L'agenzia nazionale per i patrimoni di mafia*, Santarcangelo di Romagna 2012; A. Balsamo, *La istituzione dell'agenzia*

Cionondimeno, man mano che va inasprendosi l'azione preventiva diretta a contrastare non più solo le organizzazioni mafiose e i suoi sodali, ma anche quanti operano in contiguità con essi, va facendosi più evidente e delicato il problema della legalità di questa azione di contrasto.

Invero, nonostante le misure preventive mirino ad anticipare la soglia di reazione dell'ordinamento piuttosto che a infliggere sanzioni, è indubbio che raggiungano questo obiettivo apportando – proprio come le sanzioni – riduzioni significative alla sfera giuridica dei destinatari e ciò, non all'esito di un processo eventualmente anche basato sulla regola probatoria del “*più probabile che non*” (meno stringente di quella necessaria per giungere a una condanna penale), bensì su basi meramente indiziarie e attraverso procedimenti ben poco paritari e di tipo inquisitorio.

Certo si potrebbe dire che la riduzione delle garanzie rappresenti il prezzo da pagare per disporre di misure efficaci nel contrastare situazioni tanto pericolose come le mafie e le loro metastasi⁹. È questa, tuttavia, una valutazione che può essere condivisa solo a condizione che l'azione di contrasto sia contenuta entro un perimetro di ragionevolezza, assicurando un livello di garanzie accettabile. Oltre quel confine, infatti, le azioni di contrasto rischiano di diventare esse stesse illegali e comunque tali da rendere le istituzioni pubbliche non meno odiose e pericolose per i cittadini della stessa criminalità. Il che non può ammettersi, dovendosi piuttosto difendere il carattere solidale e positivo della Repubblica, la

nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, in Cass. pen., 2010, p. 2105.

⁹ Al riguardo si parla in dottrina di «“diritto amministrativo dell'emergenza criminale”» (N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, cit., pp. 24-25) per «indicare la nuova frontiera della legislazione in materia di ordine pubblico e sicurezza pubblica. Si tratta, in altri termini, di un settore ordinamentale che deriva dalla “torsione” del diritto della sicurezza pubblica attraverso un ampliamento del suo quadro teleologico e del relativo strumentario giuridico: difatti, alle tradizionali finalità di tutela dell'ordine pubblico, da perseguire limitando le condotte pericolose anche con misure cautelari ed interdittive, si sovrappongono ulteriori finalità di ordine generale, che esprimono complessivamente l'esigenza di contenere o quanto meno di gestire le implicazioni negative delle misure di prevenzione penale e amministrativa nei riguardi di altri interessi pubblici – come, per esempio, la continuità nell'esecuzione dei contratti pubblici o il recupero alla legalità di aziende “a contaminazione mafiosa” – meritevoli di una particolare protezione giuridica. In questa prospettiva s'inserisce, a pieno titolo, anche il tema dei beni confiscati [...]».

quale deve essere implacabile con i prepotenti, ma attenta ai bisogni e ai diritti dei cittadini onesti.

3. Il problema delle informazioni antimafia interdittive

Le misure preventive che al momento sembrano porre più problemi sotto l'aspetto della loro legalità sostanziale sono le informazioni antimafia interdittive. A differenza dell'altro documento antimafia¹⁰, ossia la comunicazione antimafia¹¹, le informazioni possono essere adottate anche sulla base di presupposti non tipizzati e, peraltro, non sempre rivelatori di condotte in qualche modo deviate dai canoni della legalità. Ai sensi dell'art. 84, comma 3, del Codice antimafia, infatti, le informazioni antimafia possono attestare tanto la «sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67», quanto la «sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4» (*idem*). E questi tentativi potranno essere desunti da molti indizi che il combinato disposto degli artt. 84 e 91 del Codice antimafia individua solo esemplificativamente, consegnando poi ai Prefetti il più ampio potere di accertamento.

La legge riconduce all'accertamento delle predette circostanze non una responsabilità dell'impresa ma la sua inaffidabilità¹², facendone

¹⁰ Con riguardo al complessivo tema della documentazione antimafia, nonché pure per quanto concerne la questione della vigenza delle informazioni antimafia c.d. "atipiche" (art. 1-septies del d.l. 6 settembre 1982, n. 629), si veda in dottrina G. D'Angelo, *Artt. 84-95 del D.lg. 6.9.2011, n. 159 (commento)*, in T. Epidendio - G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano 2018, pp. 1125 ss., e ancor prima in Id., *La documentazione antimafia nel D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urb. app.*, 3 (2013), p. 256. Si veda altresì R. Ursi, *Certificazioni e normativa antimafia*, in F. Fracchia - M. Occhiena, *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano 2006, p. 103.

¹¹ Cfr. art. 84, comma 2, del vigente Codice antimafia, ai sensi del quale «La comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67». Sul rapporto tra gli istituti ma anche con riguardo alle censure sollevate si veda M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.it*, 3 (2016).

¹² Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, per il quale, «nella sostanza, l'interdittiva antimafia comporta che il Prefetto escluda che un imprenditore – pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione – meriti la fiducia delle Istituzioni (vale a dire che risulti "affidabile") e possa essere titolare di rapporti

discendere il venir meno – teoricamente in via temporanea¹³ – della capacità di essere titolare di rapporti economici con la pubblica amministrazione¹⁴; e a ben vedere non solo con quella, visto che il provvedimento interdittivo in molti casi rende impossibile la prosecuzione di ogni attività anche a favore dei privati¹⁵.

contrattuali con le pubbliche Amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge».

¹³ Sulla temporaneità dell'efficacia delle informazioni interdittive si veda l'art. 86, comma 2, del Codice antimafia, secondo il quale «[l]'informazione antimafia [...] ha una validità di dodici mesi dalla data dell'acquisizione, salvo che non ricorrano le modificazioni di cui al comma 3». Si consideri, però, che per pacifica giurisprudenza il termine annuale disciplinato dall'art. 86, comma 2, riguarderebbe piuttosto gli obblighi di acquisizione gravanti sui soggetti pubblici (Cons. Stato, Sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121). Ne consegue che l'efficacia dell'informazione antimafia interdittiva è ultrattiva e permane fintanto che il Prefetto, in esito al procedimento di aggiornamento disciplinato dall'art. 91, comma 5, non adotti una nuova informazione liberatoria attestando il venir meno «delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa». Il che avviene di rado. Sul tema si veda la successiva nota 50 nonché più diffusamente G. D'Angelo, *Artt. 84-95 del D.lg. 6.9.2011, n. 159 (commento)*, cit., pp. 1147 ss.

¹⁴ Circa l'incapacità derivante dall'adozione dell'informazione antimafia interdittiva si veda Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247, e più recentemente Cons. Stato, Ad. Plenaria, 6 aprile 2018, n. 3, secondo cui l'interdittiva antimafia «determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016 n. 3247). Si tratta di una incapacità giuridica prevista dalla legge a garanzia di valori costituzionalmente garantiti e conseguente all'adozione di un provvedimento adottato all'esito di un procedimento normativamente tipizzato e nei confronti del quale vi è previsione delle indispensabili garanzie di tutela giurisdizionale del soggetto di esso destinatario. Essa è: - parziale, in quanto limitata ai rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge (art. 67 d. lgs. n. 159/2011); - tendenzialmente temporanea, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (il Prefetto)». Per un commento alla sentenza si veda G. D'Angelo, *Sull'informazione interdittiva antimafia*, in *Foro it.*, 6 (2018), p. 321.

¹⁵ Nonostante le informazioni antimafia siano sorte per interdire i rapporti tra l'operatore e la pubblica amministrazione, nel tempo l'interdittiva è diventata ostativa anche alla titolarità di altre autorizzazioni pubbliche, ciò che esclude ogni possibilità di svolgere certe attività economiche pure verso i privati. Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 settembre 2018, n. 5547, secondo cui «*La prevenzione contro l'inquinamento dell'economia legale ad opera della mafia ha costituito e costituisce, tuttora, una priorità per la legislazione del settore*» (sentenza 8 marzo 2017, 1109). Tale priorità di lotta alla infiltrazione della criminalità organizzata nelle attività economiche ha,

La giurisprudenza negli anni scorsi ha riconosciuto alla misura una portata ampia, ritenendola «volta – ad un tempo – alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica Amministrazione»¹⁶. Ciò ha giustificato e sostenuto il ricorso a soluzioni interpretative viepiù estese e distanti dal tenore letterale della legge. In tal senso le maggiori criticità riguardano la disciplina delle informazioni interdittive adottate in esito all'accertamento di «eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese», ossia le informazioni antimafia c.d. “generiche”.

Sotto un primo profilo viene in rilievo l'interpretazione data dalla giurisprudenza alla fattispecie dei *tentativi* di infiltrazione mafiosa, la quale si ritiene integrata anche in presenza del mero “pericolo” che possa avvenire un tentativo. Ciò, evidentemente, al fine di anticipare ulteriormente la soglia di tutela dando rilievo alle più disparate circostanze, a partire dai rapporti interpersonali¹⁷.

peraltro, giustificato la scelta del legislatore di non riconoscere dignità e statuto di operatori economici, non soltanto nei rapporti con la pubblica amministrazione, a soggetti condizionati, controllati, infiltrati ed eterodiretti dalle associazioni mafiose».

¹⁶ Con riguardo a questo ampliamento di finalità si veda in senso critico F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.it*, 6 (2018), p. 6, secondo il quale «[a]nche rispetto alle finalità delle interdittive si nota una evoluzione nella giurisprudenza: viene nettamente superata la ratio della legge» giacché «non c'è alcun necessario collegamento tra la lotta alla mafia, da un lato, e la salvaguardia dell'ordine economico e della concorrenza, dall'altro: può esserci e non esserci, a seconda dei fatti che volta a volta giustificano la interdittiva».

¹⁷ Circa i differenti orientamenti emersi con riguardo alla fattispecie del tentativo di infiltrazione si veda l'esauritiva ricostruzione di G. D'Angelo, *Artt. 84-95 del D.lg. 6.9.2011, n. 159 (commento)*, cit., spec. pp. 1144 ss., il quale segnala che «[s]econdo un primo orientamento l'infiltrazione mafiosa dovrebbe essere l'oggetto dell'accertamento a cura del Prefetto, che deve motivare, in base agli elementi da prendere in considerazione, in ordine al fatto che il tentativo (di infiltrazione) abbia avuto, presumibilmente, esito positivo. Il tentativo di infiltrazione che non ha avuto successo dovrebbe essere valutato come irrilevante [...]. Secondo un altro orientamento, invece, deve escludersi la necessità di “provare” l'avvenuto successo del tentativo di infiltrazione, in ragione della natura cautelare della misura disposta dal Prefetto [...] ai fini cautelari, “il venir meno dell'estraneità (in senso obiettivo) dell'impresa è un inevitabile corollario della consistenza degli indizi che acclarano, anche solo in termini di pericolo, il tentativo di infiltrazione». Il tema è delicato, giacché «pone inevitabilmente la questione circa il bilanciamento di contrapposti interessi in gioco, quello della prevenzione dei fenomeni criminali da un lato, quello della libertà economica dall'altro, che il nostro legislatore non sempre delinea in modo chiaro»

Al riguardo si è affermato che «[e]ventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza di queste ad influenzare la gestione dell'impresa sono all'evidenza tutte nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzate, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori»¹⁸. La scelta ermeneutica, specie se riferita a pericoli derivanti da fatti sostanzialmente e non solo formalmente esterni al controllo dell'interessato¹⁹, è distante dalla nozione giuridica di "tentativo" tipizzata dall'art. 56 del c.p. e consente di prescindere dalla prova di fatti già avvenuti accontentandosi di meri indizi di progressioni causali del tutto eventuali, per quanto probabili. Inoltre l'interpretazione non è del tutto coerente con la lettera della legge e attenua le garanzie offerte ai destinatari dell'informazione antimafia, costringendoli a difendersi da fatti che non solo sono estranei alla propria volontà, ma che neppure sono ancora avvenuti. Si tratta pertanto di una posizione che, nel silenzio della legge e nonostante il rango costituzionale

(*idem*). Secondo l'Autore una soluzione ai problemi emersi potrebbe essere di tipo ermeneutico, considerando «irrilevante il tentativo qualora l'impresa abbia "superato" il tentativo stesso, cioè dimostri di avere avuto consapevolezza del tentativo e di avere messo in atto gli strumenti idonei a sterilizzare l'infiltrazione in un periodo antecedente all'istruttoria prefettizia (in una logica simile a quella sottesa all'art. 32, c. 10, d.l. n. 90/2014, per la diversa ipotesi in cui l'informazione interdittiva sia stata già adottata [...]). Un altro temperamento potrebbe consistere nell'escludere in radice il tentativo di infiltrazione se gli indizi non siano connessi con l'attività imprenditoriale o comunque ad essa riferibili (nel senso che il solo rapporto di parentela e di frequentazione dell'amministratore della società con un soggetto appartenente alla criminalità organizzata non costituisce di per sé un presupposto sufficiente per l'adozione di un'informazione interdittiva, ma deve essere supportato da ulteriori elementi indiziari, quali il carattere plurimo e stabile di dette frequentazioni e la loro connessione con le vicende dell'impresa, che depongano nel senso di un'attività funzionale a logiche e a interessi malavitosi v. CSt. III, n. 203/15 e n. 96/13)» (pp. 1144-1145).

¹⁸ Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, ove si prosegue evidenziando che «[i]l pericolo – anche quello di infiltrazione mafiosa – è per definizione la probabilità di un evento. Il diritto amministrativo della prevenzione antimafia in questa materia non sanziona perciò fatti, penalmente rilevanti, né reprime condotte illecite, ma mira a scongiurare una minaccia per la sicurezza pubblica, l'infiltrazione mafiosa nell'attività imprenditoriale, e la probabilità che siffatto "evento" si realizzi» (§§ 6.5. e 6.6).

¹⁹ Diverso è il caso in cui il pericolo sia ricavabile da fatti riguardanti il medesimo centro di interessi, come in alcune fattispecie scrutinate anche di recente; in tal senso si veda, ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 8 febbraio 2019, n. 950.

di molti diritti coinvolti, anticipa il momento di reazione dello Stato al tal punto da collocare queste misure più nel campo della “precauzione” che in quello “prevenzione”.

Sotto altro aspetto va considerato che questi provvedimenti sono basati su valutazioni prefettizie per le quali il legislatore non ha individuato puntualmente né tutte le circostanze rilevanti né, soprattutto, i criteri per la loro interpretazione, il che ha indotto la giurisprudenza a riconoscere ai Prefetti ampi poteri discrezionali²⁰ sui quali sarebbe esercitabile unicamente un sindacato “debole”, limitato ai casi «di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti»²¹. L’ampiezza dei poteri prefettizi stride con il principio di legalità, non tanto sotto l’aspetto del mancato rispetto per il principio della tassatività, proprio della sola materia penale, quanto sotto il profilo della prevedibilità dei comportamenti rilevanti²².

²⁰ Sulla natura discrezionale dei poteri prefettizi si veda l’opinione critica di F.G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *Giustamm.it*, 6 (2013), e da ultimo in *Le interdittive antimafia*, cit.. Sul tema cfr. recentemente G. D’Angelo, *Artt. 84-95 del D.lg. 6.9.2011, n. 159 (commento)*, cit., il quale, segnalando che «la giurisprudenza amministrativa è ferma nel considerare la valutazione del prefetto “espressione di ampia discrezionalità” (CSt. III, n. 3208/14; in termini di ampio, ma non indeterminato, potere discrezionale v. CSt. III, n. 1109/17), anche se sembra ricondurre (non senza incertezze e ambiguità) le informazioni antimafia a valutazioni di ordine tecnico» (p. 1151), ha altresì evidenziato come simili posizioni non sarebbero condivisibili «in quanto attenuano il sindacato giurisdizionale in modo significativo, fino al punto da essere incompatibile con i principi costituzionali sulla tutela».

²¹ Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2019, n. 163. Sul tema cfr. anche G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2 (2015), p. 705, il quale, riflettendo sul sindacato giurisdizionale in materia di interdittive, ha evidenziato «un’ambiguità di fondo nella qualificazione della fattispecie – che resta sospesa tra discrezionalità amministrativa (evocata anche dal riferimento all’esistenza di vizi della funzione amministrativa) e valutazioni tecniche riservate – e, conseguentemente, nell’individuazione delle ragioni dell’esistenza di una riserva di valutazione a favore della prefettura, mentre a condizionare i limiti al sindacato sembrano essere soprattutto le esigenze di anticipazione della soglia di difesa sociale, spesso richiamate per giustificare la sufficienza di un quadro di rilevanza probatoria prevalentemente indiziario e meno rigoroso di quello richiesto in materia penale» (p. 721).

²² Il che imprime all’esercizio delle attività imprenditoriali un notevole tasso di incertezza e perciò di rischio, oltre che costi aggiuntivi per adempiere agli obblighi legali. Sul tema si veda M. Mazzamuto, *Lo scettro alla prefettocrazia: l’indefinità pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della*

Invero, perché una misura di prevenzione sia legale, è necessario che sia prevista dalla legge, che sia «accessibile alle persone interessate e che i suoi effetti [siano] prevedibili» (C.E.D.U., *De Tommaso vs. Italia*, 23 febbraio 2017)²³. La questione, benché cruciale, è stata sin qui affrontata dalla giurisprudenza con (apparente) distacco²⁴. Se l'obiettivo dichiarato resta salvaguardare uno strumento efficace nel contrastare fenomeni che «ben lungi dal costituire un *numerus clausus*, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento»²⁵, è pur vero che già

“filiere”, in *Dir. econ.*, 3 (2013), p. 619, il quale ha evidenziato il bisogno di certezza che caratterizza il sistema della prevenzione antimafia.

²³ Dove è pure precisato che «[u]no dei requisiti derivanti dall'espressione “prevista dalla legge” è la prevedibilità. Pertanto, una norma non può essere considerata una “legge” se non è formulata con sufficiente precisione in modo da consentire ai cittadini di regolare la loro condotta; essi devono essere in grado di prevedere, a un livello ragionevole nelle specifiche circostanze, le conseguenze che un determinato atto può comportare». Con riguardo alla rilevanza della sentenza in questione sul sistema delle informazioni antimafia cfr. G. Amarelli, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e), d. lgs. n. 159/2011?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017.

²⁴ Secondo N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, cit., p. 113, «l'immediata reazione delle corti di merito [alla sentenza De Tommaso, ndr] è stata caratterizzata dalla tendenza a ridimensionare la rilevanza della sentenza della Corte di Strasburgo, sottolineando come non si possa attribuirle il carattere di “giurisprudenza consolidata” dei principi di diritto». Lo stesso Autore ha pure evidenziato che l'impatto della sentenza «sul modello italiano è ancora tutto da valutare, tenuto conto, tra l'altro, che dalla Corte di appello di Napoli è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale della disciplina delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali) fondate sulle fattispecie di pericolosità ‘generica’, di cui all'art. 1, lett. a) e b) del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia), per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 2 Prot. 4 CEDU, per ciò che concerne le misure di prevenzione personali, e all'art. 1 Prot. add. CEDU, per ciò che riguarda la misura di prevenzione patrimoniale della confisca».

²⁵ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743. La sentenza prosegue evidenziando che «[q]uello voluto dal legislatore, ben consapevole di questo, è dunque un catalogo aperto di situazioni sintomatiche del condizionamento mafioso». Sul punto il Consiglio di Stato recentemente ha pure precisato che «una rigorosa, tassativa, asfissiante tipizzazione di tipo casistico, che elenchi un *numerus clausus* di situazioni “sintomatiche” [...] ove pure sia auspicabile, in abstracto, sul piano della certezza del diritto e della prevedibilità delle condotte anche in materia di prevenzione antimafia, frustrerebbe nel suo «fattore di rigidità», per usare un'espressione dottrina, la ratio che ispira il diritto della prevenzione, il quale deve affidarsi anche, e necessariamente, a “clausole generali”, come quelle del tentativo di infiltrazione mafiosa, e alla valutazione di situazioni concrete, non definibili a priori, spesso ancora ignote alle stesse forze di

alla vigilia della sentenza De Tommaso il Consiglio di Stato aveva avvertito il bisogno di stilare un primo elenco, benché solo esemplificativo, delle “figure sintomatiche” dell’esposizione al rischio di infiltrazione mafiosa²⁶. D’altra parte neppure sono mancate sentenze che hanno esaminato *funditus* la rilevanza della sentenza De Tommaso per la legittimità delle informazioni antimafia²⁷, benché allo scopo di negarla sulla scorta di vari argomenti, tra cui il diverso rango dei diritti coinvolti. Al riguardo è stato osservato che, a differenza dei provvedimenti scrutinati dalla Corte di Strasburgo, l’informazione antimafia non inciderebbe né sulla libertà di circolazione (tutelata dall’art. 2 Cedu), né sul diritto di proprietà (tutelato dall’art. 1 del Primo protocollo Cedu), bensì solo sulla libertà di iniziativa economica che, tuttavia, non trovando tutela dal sistema Cedu, sarebbe recessiva rispetto all’interesse pubblico alla salvaguardia del sistema socio-economico²⁸. L’argomento è efficace,

polizia prima ancora che alla più avanzata legislazione, attraverso le quali la mafia opera e si traveste, in forme nuove e cangianti, per condizionare le scelte imprenditoriali» (30 gennaio 2019, n. 758).

²⁶ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743, spec. § 5.10 ss.

²⁷ T.a.r. Campania, Napoli, Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1017.

²⁸ Secondo la sentenza del T.a.r. partenopeo «l’informativa interdittiva antimafia è oggettivamente insuscettibile di comprimere la menzionata libertà fondamentale di circolazione né – a dispetto degli assunti di parte ricorrente – il menzionato diritto fondamentale di proprietà, (parzialmente) incidendo, piuttosto, sulla libertà di iniziativa economica, la quale non trova, però, specifica tutela nella CEDU, mentre è contemplata dall’art. 41 Cost. 11.4. Ciò posto, osserva, a questo punto, il Collegio che la formula ‘elastica’ adottata dal legislatore nel disciplinare l’informativa interdittiva antimafia su base indiziaria riviene dalla ragionevole ponderazione tra l’interesse privato al libero esercizio dell’attività imprenditoriale e l’interesse pubblico alla salvaguardia del sistema socio-economico dagli inquinamenti mafiosi, dove il primo, siccome non specificamente tutelato dalla CEDU né riconducibile alla sfera dei diritti costituzionali inviolabili, si rivela recessivo rispetto al secondo, siccome collegato alle preminenti esigenze di difesa dell’ordinamento contro l’azione antagonistica della criminalità organizzata». Al riguardo cfr. G. Corso, *La normativa antimafia*, in M.A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, 5^a, Milano 2008, p. 3425, il quale, dopo aver ricostruito il fondamento comunitario della disciplina che vieta l’aggiudicazione delle commesse pubbliche agli operatori economici legati alla criminalità organizzata, nel segnalare la maggior severità della disciplina italiana, ha evidenziato che «[n]on si può tuttavia ipotizzare un contrasto tra il diritto interno e la direttiva dal momento che le ragioni sottostanti alla normativa antimafia, nella parte relativa ai contratti pubblici sono riconducibili a quei motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza che, ai sensi dell’art. 46 del Trattato (in combinato disposto con l’art. 55), giustificano i divieti o le restrizioni alla libera circolazione dei servizi» (p. 3427).

ma non sembra tener conto del fatto che l'interdittiva, adesso, incide anche su altri diritti della persona senz'altro tutelati a livello europeo e costituzionale, come quello alla vita privata e familiare (tutelato dall'art. 8 Cedu). Né può negarsi che la legittimità della misura vada vagliata avendo riguardo a tutti i suoi effetti.

Privati della fiducia dello Stato e del conseguente requisito della moralità/onorabilità, infatti, i destinatari dell'informazione in molti casi non solo sono esclusi dalle commesse pubbliche, ma sono anche impossibilitati a proseguire ogni attività²⁹ e, perciò, annientati³⁰. Ciò, si

²⁹ Ciò può non avvenire (con conseguenti profili di disparità) quando si tratti di realtà economiche abbastanza grandi da sollecitare l'adozione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio disciplinate dall'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, applicabili anche alle imprese destinatarie di informazioni antimafia interdittive ai sensi del comma 10 dello stesso articolo 32, quando «sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero dell'accordo contrattuale, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. In tal caso, le misure sono disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC». Con riguardo al rapporto tra interdittive antimafia e commissariamento si veda F. Astone, *Interdittive antimafia e "commissariamento" delle imprese (avuto riguardo al settore degli appalti pubblici)*, in *Giustamm.it*, 7 (2018), per il quale «[i]l salto qualitativo che viene compiuto con queste previsioni è notevole, specialmente ove si consideri che i provvedimenti restrittivi di cui si vuole sottolineare la singolarità, sono disposti ante e praeter delictum, sulla base di un quadro probatorio di consistenza inferiore rispetto a quanto necessario per ottenere una condanna in sede penale. Le nuove misure straordinarie previste all'art. 32 del d. l. 90/2014, intendono evitare il rischio che, da un lato, le indagini penali ostacolino il conseguimento da parte della p.a. dell'utilità connessa al contratto, dall'altro, che la necessità di portarlo comunque ad esecuzione consenta a chi ne abbia ottenuto contra legem l'aggiudicazione di conseguirne pure il profitto». Circa la complessità degli interessi pubblici adesso coinvolti cfr. anche M. Mazzamuto, *Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese*, cit., pp. 2222 ss..

³⁰ Cfr. a titolo esemplificativo quanto è adesso previsto in tema di autotrasporto di cose per conto terzi (una delle attività che la legge presume maggiormente a rischio di infiltrazione ex art. 91, comma 7, del Codice antimafia) dall'art. 5 del d.lgs. 22 dicembre 2000, n. 395 (come modificato dall'art. 29-bis della legge 11 novembre 2014, n. 164). Nel disciplinare il necessario requisito dell'onorabilità, infatti, la norma dispone che il requisito non esiste o cessa di sussistere in capo alla persona che «*h-bis*) sia stata oggetto di un'informativa antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 91 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni». Dal che consegue che gli effetti dell'informazione vanno ben al di là del già grave "ergastolo imprenditoriale"

badi, benché in ipotesi potrebbero essere dei soggetti totalmente estranei a vicende di mafia o perfino vittime delle ingerenze mafiose, visto che non è assicurata alcuna differenziazione (anche solo in termini di effetti della misura) tra i soggetti infiltrati o addirittura concorrenti, e quelli che il tentativo lo hanno solo subito o che, addirittura, sono solo esposti al pericolo di subirlo³¹.

Il problema di legalità della misura può essere meglio apprezzato ove si consideri il caso delle imprese aventi forma individuale. Allora, infatti, gli effetti “squalificanti” del provvedimento interdittivo finiscono per colpire personalmente il titolare anche quando le circostanze contestate non riguardino direttamente lui, bensì altri soggetti a lui vicini, magari per ragioni lavorative o familiari³². Allora è evidente che gli effetti dell’interdittiva travalicano l’esercizio dell’attività economica a rischio di infiltrazione e colpiscono direttamente la vita privata del titolare dell’impresa, la sua dignità personale, la sua onorabilità e perfino la possibilità che egli possa trovare un nuovo lavoro. A ben vedere, infatti, essendo stato personalmente destinatario dell’informazione interdittiva, quello diventerà una sorta di untore per gli altri operatori economici³³,

evidenziato dalla dottrina (tra gli altri M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit.).

³¹ D’altra parte quelle in esame non sono le uniche misure a carico degli operatori economici che siano venuti in contatto – da vittime – con la criminalità organizzata. Al riguardo si consideri che l’art. 80, comma 5, lett. D), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), prevede l’esclusione dalle commesse pubbliche per quanti omettano di denunciare taluni reati tra cui le estorsioni aggravate, ex art. 416-bis.1 c.p., dal metodo mafioso. Si badi che anche in quel caso il livello di garanzie per l’impresa è ridotto, giacché la legge prevede che la comunicazione all’Anac dell’omessa denuncia (ai fini della pubblicazione sul sito dell’Osservatorio) avvenga non all’esito del processo penale a carico dell’estorsore, ma già al momento della richiesta di rinvio a giudizio, dunque su basi indiziarie.

³² Cfr. Cass. Civ., Sez. lav., 8 giugno 2016, n. 11734, secondo cui «la ditta individuale coincide con la persona fisica titolare di essa e perciò non costituisce un soggetto giuridico autonomo, sia sotto l’aspetto sostanziale che sotto quello processuale».

³³ Non a caso si parla di “contagio” nelle ipotesi in cui il rischio di infiltrazione sia ravvisato nell’esistenza di rapporti commerciali con imprese poi colpite da interdittive. In senso critico verso simili criteri valutativi cfr. F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia*, cit., p. 4. Sulla questione delle c.d. informazioni antimafia a cascata, ossia fondate «soltanto su legami associativi stabili tra l’impresa destinataria dell’informazione e quella gravata da un’informazione precedente», cfr. G. D’Angelo, *Artt. 84-95 del D.lg. 6.9.2011, n. 159 (commento)*, cit., p. 1145, il quale, tra l’altro, ha evidenziato che per la giurisprudenza amministrativa la «“consapevolezza del rischio” in capo all’impresa ritenuta “contagiata”, che secondo una certa prospettiva dovrebbe essere accertata e

giacché ogni collaborazione con lui potrà assumere valenza indiziaria dell'altrui esposizione al rischio di infiltrazione mafiosa³⁴.

D'altra parte, i problemi di legittimità posti dalle interdittive neppure possono essere superati evocando la pericolosità del fenomeno mafioso. Ciò in quanto le interdittive – diversamente da quanto la giurisprudenza talvolta mostra di ritenere³⁵ – di per sé (ossia in astratto, prescindendo dai fatti accertati dagli organi di polizia nel singolo caso) non attestano la “mafiosità” di un'impresa o di chi vi opera, ma solo il suo essere infiltrata o a rischio infiltrazione, visto che il condizionamento esercitato dalla mafia può avvenire anche «al di là e persino contro la volontà del

valutata con rigore perché possa operare la presunzione del “contagio mafioso” tra imprese [...], non può comunque essere equiparata alla (sola) conoscenza del provvedimento interdittivo del Prefetto, in quanto “è evidente che nessuna impresa capace di orientare razionalmente le proprie decisioni economiche e strategiche deciderebbe mai di associarsi ad altra già attinta da informativa antimafia”»; diversamente «“il requisito della consapevolezza, per avere una qualche significativa rilevanza, deve piuttosto esse ricercato e verificato nei comportamenti e nelle strategie associative che precedono l'informativa” (CSt. III, 214/17, che peraltro ha respinto la domanda di revocazione di CSt. III, n. 2774/16, cit.)».

Al riguardo è significativo evidenziare che nell'attività di contrasto a ogni possibile forma di infiltrazione, la giurisprudenza neppure riconosce rilevanza al fatto che l'impresa poi interdetta sia stata in precedenza oggetto di informazione favorevole o finanche iscritta nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei settori esposti maggiormente a rischio di cui alla l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. “*White List*”). Ne discende che, al di là delle attività di accertamento svolte dalle Autorità pubbliche, il rischio legato alla scelta dei soggetti con cui avviare forme di collaborazione economica resta interamente a carico delle imprese.

³⁴ Ciò fermo restando che il singolo indizio andrà considerato in maniera non atomistica ma unitamente agli altri elementi «cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri» (così, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 20 febbraio 2019, n. 1182).

³⁵ Cfr. T.a.r. Campania, Napoli, Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1017, il quale, al fine di preservare le informazioni antimafia dagli effetti della sentenza De Tommaso, dopo aver osservato che quella pronuncia «si riferisce alle sole misure di prevenzione personali (in ipotesi di c.d. pericolosità generica), limitative, come tali, della libertà fondamentale di circolazione di cui all'art. 2 del Protocollo IV alla CEDU, mentre non considera le misure di prevenzione patrimoniali, limitative del diritto fondamentale di proprietà di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale 1 alla CEDU», precisa pure che «[è] altrettanto evidente, poi, che le misure di prevenzione personali vagliate nella sentenza De Tommaso non sono specificamente collegate all'indizio di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso». Collegamento che evidentemente, secondo i giudici campani, sussisterebbe in presenza dei presupposti per l'adozione delle informazioni interdittive.

singolo»³⁶, e finanche «imprenditori soggiogati dalla sua forza intimidatoria e vittime di estorsioni sono passibili di informativa antimafia»³⁷. Dal che discende che la mancanza di qualsiasi differenziazione e la riconduzione di tutti i destinatari delle informazioni interdittive (quanto meno) tra i conniventi con la mafia, è una scelta che tradisce un difetto di percezione delle dinamiche sociali nelle quali è immerso chi, pur estraneo alla mafia, opera nei territori ove è più forte e diffusa la sua presenza. Il che rappresenta un'ulteriore criticità della misura, visto che il potere "interdittivo" dei Prefetti, ove non debba essere esercitato tenendo conto delle specificità socio-territoriali (i.e. secondo logiche di differenziazione), rischia di avere effetti discriminatori e anticoncorrenziali. Al riguardo si consideri, infatti, che lo strumento in esame, se non venisse usato con prudenza là dove è statisticamente maggiore il rischio per gli operatori economici di entrare in contatto con imprese e soggetti compromessi con la mafia, può finire per "bruciare" l'imprenditoria sana anziché "far terra bruciata" attorno alle mafie. È questo, d'altra parte, un rischio concreto, che trova un riscontro nella «diversità di indirizzo tra i due organi di appello della giustizia amministrativa»³⁸, dal momento che il giudice siciliano, onde evitare di trasformare la lotta alla mafia in una caccia alle streghe, ha dovuto (e potuto) elaborare criteri più prudenziali di quelli elaborati dal Consiglio di Stato per valutare gli indizi riguardanti il contesto sociale e le frequentazioni delle persone oggetto degli accertamenti prefettizi, senza peraltro giungere a risultati meno severi³⁹.

³⁶ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Sul tema si veda anche F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia*, cit., p. 3.

³⁹ Cfr. C.G.A.R.S., 28 agosto 2017, n. 379, «ove fosse possibile qualificare "mafioso" un soggetto *sulla scorta di meri sospetti* ed a prescindere dall'esame concreto della sua condotta penale e della sua storia giudiziaria (*ciò che la Corte Costituzionale ritiene contrario a fondamentali principi costituzionali, come espressamente affermato nella sentenza n. 177 del 1980, ma - per più di sessant'anni - fin dalla sentenza n.2 del 1956*), si perverrebbe ad un aberrante meccanismo di estensione a catena della pericolosità simile a quello su cui si fondava, in un non recente passato, l'inquisizione medievale (che, com'è noto, fu un meccanismo di distruzione di soggetti 'scomodi' e non già di soggetti 'delinquenti'; mentre il commendevole ed imprescindibile scopo che il Legislatore si pone è quello di depurare la società da incrostazioni ed infiltrazioni mafiose realmente inquinanti) (C.G.A.R.S., n.247 del 29.7.2016; Id., n.257 del 3.8.2016)».

4. La necessità di contornare l'istituto delle informazioni antimafia di maggiori garanzie anche procedurali

Le criticità evidenziate sono tanto importanti da meritare, pare, interventi correttivi di carattere generale. Invero non si tratta né di rinunciare allo strumento delle informazioni antimafia né tanto meno di depotenziarne l'efficacia. Al contrario occorre contornare le interdittive di garanzie che permettano di raggiungere un ragionevole equilibrio tra le esigenze della prevenzione e quelle della legalità. Ciò può avvenire in più modi, a partire da alcuni interventi sul procedimento.

Al riguardo è noto quanto il procedimento possa contribuire a dare concreta attuazione al principio di legalità e come a questo scopo esso debba essere “giusto”, ossia strutturato in modo da garantire un ragionevole equilibrio tra tutela delle prerogative pubbliche e private, nell'ottica della buona amministrazione e dell'imparzialità. Come è stato evidenziato si tratta di assicurare all'interessato «alcuni essenziali strumenti di difesa, quali la conoscenza degli atti che lo riguardano, la partecipazione alla formazione dei medesimi e la facoltà di contestarne il fondamento e di difendersi dagli addebiti»⁴⁰ e perciò, in altri termini, di partecipare con effettiva utilità al procedimento⁴¹.

Questa necessità non emerge più solo dalle riflessioni della dottrina, ma adesso anche dalla giurisprudenza costituzionale⁴² e, soprattutto, da

⁴⁰ In tal senso Corte cost., 19 maggio 2008, n. 182; ma si veda pure Corte cost., 17 marzo 2006, n. 104 e Corte cost., 3 novembre 2000, n. 460.

⁴¹ Cfr. Corte cost., 19 maggio 2008, n. 182, *cit.*, la quale prosegue rinviando alla giurisprudenza comunitaria secondo cui «il diritto di difesa “impone che i destinatari di decisioni che pregiudichino in maniera sensibile i loro interessi siano messi in condizione di far conoscere utilmente il loro punto di vista” (Corte di giustizia, sentenza 24 ottobre 1996, C-32/95 P., Commissione Comunità europea c. Lisrestal)».

⁴² In senso contrario cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, secondo cui il contraddittorio procedimentale non sarebbe «un valore assoluto, slegato dal doveroso temperamento di esso con interessi di pari se non superiore rango costituzionale, essendo la disciplina del procedimento amministrativo “rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali” (Corte cost., 19 marzo 1993, n. 309), né un bene in sé, o un fine supremo e ad ogni costo irrinunciabile, ma è un principio strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale (art. 3, comma secondo, Cost.), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo». In senso analogo si veda Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565.

quella della C.E.D.U., la quale in plurime occasioni ha sanzionato la legittimità dell'operato dell'amministrazione guardando alle concrete modalità (e pertanto al procedimento) attraverso cui essa era giunta a comminare le misure⁴³ o, comunque, ad assumere la decisione di sua competenza⁴⁴.

A fronte di questo quadro generale è inevitabile costatare come la normativa antimafia detti una disciplina dei procedimenti di adozione e aggiornamento (o conferma) delle informazioni essenzialmente derogatoria rispetto ai principi generali della materia⁴⁵.

A titolo esemplificativo si consideri che la partecipazione al procedimento di adozione, benché sia astrattamente ammessa dall'art. 93, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011⁴⁶, lo è solo come una eventualità rimessa ad una scelta discrezionale del Prefetto⁴⁷. Inoltre, sia in fase di audizione, sia

⁴³ Cfr. C.E.D.U., sentenza Cacucci e Sabatelli contro Italia, 7 giugno 2014 (ricorso n. 29797/09), con cui la Corte, scrutinando la legittimità delle misure di prevenzione patrimoniale applicate ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575, le ha ritenute conformi al diritto europeo sui seguenti presupposti: 1) le circostanze specifiche che hanno guidato l'intervento del legislatore italiano (*i.e.* la grave diffusione delle mafie); 2) l'esistenza di una legge che prevedesse la misura; 3) le garanzie che circondavano l'applicazione delle misure, considerato che il relativo procedimento «si è svolto in contraddittorio e dinanzi a tre successive autorità giudiziarie: tribunale, corte d'appello e Corte di cassazione. In particolare, le ricorrenti hanno avuto la possibilità, tramite il loro avvocato di fiducia, di sollevare le eccezioni e di presentare i mezzi di prova da loro ritenuti necessari per la tutela dei propri interessi» e le Corti «non hanno potuto basarsi su semplici sospetti» ma «hanno accertato e valutato oggettivamente i fatti esposti dalle parti e che dal fascicolo non risulta nulla che lasci pensare che esse abbiano valutato in maniera arbitraria gli elementi sottoposti alla loro attenzione».

⁴⁴ Con riguardo a casi inerenti fattispecie differenti, ma risolti in ogni caso guardando alla legalità procedimentale cfr. C.E.D.U., sent. 27 giugno 2017, Gard e altri contro Regno Unito (n. 39793/17); sent. 5 giugno 2015, Lambert e altri contro Francia (n. 46043/14); sent. 11 luglio 2006, Burke contro Regno Unito (n. 19807/06); sent. 18 marzo 2003, Glass contro Regno Unito, n. 61827/00.

⁴⁵ Non sono derogate, invece, le disposizioni che già attenuano le garanzie procedurali, come il secondo comma dell'art. 21-*octies*, della legge n. 241/1990.

⁴⁶ Ai sensi del quale «[i]l prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile».

⁴⁷ Manca, infatti, l'obbligo di comunicare all'interessato preventivamente l'avvio del procedimento interdittivo. Al riguardo cfr. Cons. Stato, Sez. III, 28 ottobre 2016, n. 4555, secondo cui l'amministrazione è esonerata dall'obbligo di comunicazione di avvio, nonché da altre garanzie partecipative, relativamente all'informativa antimafia, «atteso che si tratta di procedimento in materia di tutela antimafia, come tale intrinsecamente caratterizzato da profili del tutto specifici connessi ad attività di

dopo l'adozione del provvedimento, neppure è assicurata agli interessati la possibilità di conoscere tutte le informazioni che hanno guidato la valutazione prefettizia, ma solo quelle "ostensibili" in quanto non coperte da esigenze di tutela degli accertamenti compiuti dalle forze di polizia. Potrà perciò avvenire che il soggetto sia tenuto a difendersi – peraltro nell'ambito di un processo nel quale, come si è detto, il giudice ritiene di poter esercitare solo un sindacato debole⁴⁸ – da valutazioni indiziarie costellate da *omissis*, oppure fondate su notizie tratte da informative di polizia o giudiziarie (spesso riguardanti soggetti terzi) delle quali è difficile verificare perfino la veridicità oltre che l'attualità.

Vi è da chiedersi se queste e altre deroghe siano davvero necessarie, se lo siano stabilmente e se non sia possibile recuperare il deficit di garanzie quantomeno in una fase successiva all'adozione del provvedimento interdittivo. Allora, infatti, l'informazione avrà già prodotto i suoi effetti e non sussisteranno più molte ragioni per negare all'interessato la possibilità di confrontarsi paritariamente con l'amministrazione difendendo le proprie ragioni innanzi a un organo capace di riconsiderare anche il merito della decisione già assunta. Inoltre, una simile soluzione sarebbe in grado di implementare le garanzie facendo salvi i poteri dell'amministrazione. D'altra parte, il fatto che certi espedienti procedimentali possano salvaguardare la legittimità dell'intero istituto delle informazioni antimafia sembra trovare conferme perfino nella più stringente giurisprudenza amministrativa, la quale, pur rifiutando l'idea che incomba sul legislatore l'obbligo di assicurare in ogni caso tutte le garanzie partecipative di cui alla legge n. 241 del 1990⁴⁹, ha comunque

indagine, oltre che da finalità, da destinatari e da presupposti incompatibili con le procedure partecipative, nonché da oggettive e intrinseche ragioni di urgenza».

⁴⁸ Il che impedisce al giudice di esercitare un controllo anche sulla sussistenza e sulla valutazione «dei fatti affermati dalle parti», con conseguenti problemi di legittimità della misura, sia di ordine sostanziale che processuale, come ha ben evidenziato G. D'Angelo, *Artt. 84-95 del D.lg. 6.9.2011, n. 159 (commento)*, cit., p. 1154.

⁴⁹ Cfr. nota 42. Si consideri, però, che lo stesso Consiglio di Stato, mentre richiama la rinunciabilità di certe garanzie procedimentali, si affretta a evidenziare che esso, in ogni caso, «non è del tutto assente nemmeno nelle procedure antimafia, se è vero che l'art. 93, comma 7, del d. lgs. n. 159 del 2011 prevede che il Prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite possa invitare, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile».

individuato nel procedimento di aggiornamento, «ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011, *un punto di equilibrio fondamentale e uno snodo della disciplina in materia*, sia in senso favorevole che sfavorevole all'impresa, poiché impone all'autorità prefettizia di considerare i fatti nuovi, laddove sopravvenuti, o anche precedenti – se non noti – e consente all'impresa stessa di rappresentarli all'autorità stessa, laddove da questa non conosciuti» (Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758). Il procedimento di aggiornamento, insomma, sarebbe per l'attuale giurisprudenza l'istituto che assicura la legittimità delle informazioni interdittive consentendo di recuperare il deficit di partecipazione e tutela.

Eppure la possibilità di avviare il procedimento di aggiornamento non sembra sufficiente per colmare il divario di garanzie e di legalità formatosi man mano che il ricorso alle informazioni si è fatto più intenso ed esteso nei suoi presupposti indiziari. Ciò per varie ragioni. Intanto perché l'aggiornamento consente di proporre all'esame del Prefetto soltanto fatti nuovi e non argomenti difensivi riferiti a circostanze già esaminate o comunque note. In secondo luogo perché quel procedimento, al momento, neppure è strutturato in modo da garantire un riesame o un approfondimento imparziale della vicenda⁵⁰.

⁵⁰ Sul procedimento di aggiornamento cfr. M. Mazzamuto, *Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese*, cit. p. 2222, il quale, dopo aver ricostruito i caratteri essenziali dell'istituto, ha evidenziato come «si è rivelato nel tempo uno strumento che non ha espresso tutte le sue potenzialità. Vi hanno concorso almeno due fattori. In primo luogo, pur per comprensibili ragioni di economia delle attività prefettizie, l'impegno pubblico per l'aggiornamento "d'ufficio" è rimasto alquanto deficitario e non sempre è registrabile una pronta sollecitudine a provvedere sulle istanze di revisione delle imprese, come mostra una certa ricorrenza del contenzioso sull'inerzia; ciò non fa certo onore allo Stato, specie se si considera che l'interdittiva può colpire non solo soggetti "compiacenti", ma anche soggetti che hanno "subito" l'infiltrazione criminale. In secondo luogo, pur per comprensibili ragioni di prudenza di fronte ad eventuali strategie elusive, i fatti nuovi, di solito rappresentati dall'impresa con l'istanza di revisione, difficilmente vengono accolti favorevolmente dalle prefetture, in ciò avallate dalla prevalente giurisprudenza, che si tratti, ad es., di mutamenti relativi alla sede, agli amministratori e alle quote societarie, o alla costituzione di un trust antimafia, o persino alla sottoposizione dell'impresa all'amministrazione giudiziaria» (p. 2228). Da notare che secondo l'Autore la disciplina in materia «dovrebbe più in generale essere destinata ad un qualche riequilibrio, in ragione dall'espandersi sia di strumenti di ingerenza pubblica nella gestione delle imprese, sia di strumenti volti espressamente al "salvataggio" dal condizionamento criminale» (*idem*).

Al riguardo si consideri che se le amministrazioni pubbliche sono solitamente poco disposte a rivedere in autotutela le proprie determinazioni, lo saranno senz'altro meno in presenza di provvedimenti riguardanti la prevenzione antimafia, sia per la discrezionalità che connota quegli atti, sia per la prudenza con cui i funzionari agiranno per evitare di essere "sospettati" a propria volta di fare gli interessi della criminalità. Se ciò non bastasse si consideri pure che la competenza per il procedimento di aggiornamento spetta allo stesso Prefetto che ha adottato il primo provvedimento interdittivo, il quale si avvarrà (quantomeno anche) dell'attività dei Gruppi interforze consultati in origine. Ciò esclude, come anticipato, la possibilità di un riesame imparziale, svolto senza pregiudizi e con la disponibilità ad accogliere valutazioni diverse da quelle già espresse.

È, dunque, per superare simili problemi che sarebbe auspicabile prevedere a valle dell'adozione dell'informazione interdittiva un'ulteriore fase procedimentale nella quale, a istanza di parte, sia consentito riesaminare – anche nel merito e alla luce delle memorie e dei documenti prodotti dal destinatario e dagli altri soggetti interessati – la misura già adottata (ed efficace). Un simile procedimento dovrebbe essere attribuito alla competenza di un organo terzo e possibilmente collegiale, formato da personale proveniente dai ranghi della pubblica sicurezza, della carriera prefettizia, ma anche dalla magistratura, in modo da garantire decisioni improntate a un pluralismo di sensibilità istituzionali. D'altra parte, il ricorso a un simile accorgimento procedimentale, mentre aumenterebbe le garanzie per il cittadino e le imprese, non comprometterebbe l'efficacia delle misure di prevenzione, come dimostra l'esperienza del Tribunale del riesame e l'attività che quello svolge nel vagliare la legittimità delle misure cautelari adottate in materia penale⁵¹ senza che ciò renda meno efficace nel suo complesso quel sistema di tutele.

⁵¹ Una simile soluzione sembrerebbe in linea con quanto negli anni scorsi ha autorevolmente suggerito F.G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia*, cit., p. 12, secondo il quale «misure incidenti su diritti fondamentali della persona e su libertà costituzionalmente garantite dell'impresa vengono disposte con provvedimenti amministrativi e non con atti giudiziari. Si può ritenere che ciò sia necessario per esigenze di celerità, ma allora dovrebbe pensarsi di affidare la competenza ad una autorità collegiale, che non sia solo espressione del potere di polizia, e sia in grado di valutare congiuntamente l'esigenza di lotta alla mafia e l'esigenza di tutela della dignità delle persone e della libertà delle imprese. Si

Anche per tale ragione, quindi, è auspicabile che il legislatore intervenga al più presto sulla materia delle informazioni antimafia, mettendo lo strumento al riparo da possibili censure e restituendo ai cittadini quell'accettabile livello di garanzie al quale hanno diritto e che rende la Repubblica diversa e migliore delle mafie.

Abstract: The paper debates the issue of preventive instruments to combat the mafia organizations' activities, with particular emphasis on those so-called "informazioni antimafia interdittive". More in details, the essay examines the essential features of the said measures and the reasons of conflicts among them and the principle of legality, then it focuses on the necessity to adopt certain measures, under the procedural or organisational point of view, in order to preserve their legitimacy.

Keywords: Legality, effectiveness, preventive measures, organised crime, infiltration.

dovrebbe inoltre costruire un procedimento che, in qualche modo, non si allontani troppo dalle garanzie che offre il processo penale. Quanto meno dovrebbe essere applicabile la disciplina generale del procedimento amministrativo».

MARCO DELL'OGGIO

Docente di Diritto ecclesiastico all'Università degli Studi di Palermo

FABIANO DI PRIMA

*Ricercatore di Diritto canonico ed ecclesiastico all'Università degli
Studi di Palermo*

**Il riconoscimento civile dello scioglimento canonico del
matrimonio non consumato e l'attuale regime pattizio: spunti
per un ripensamento (in vista d'un possibile "ritorno")***

**The recognition of the civil effects of dispensations *super rato*
and the current concordatarian system: reflections on a
potential rethink (in view of a possibile "return")**

SOMMARIO: 1.1 Premessa. L'approccio a una "macro-tematica": il dinamismo 'politico-giuridico' in chiave cooperativa contrassegnante la dialettica Stato/Chiesa in Italia negli ultimi anni. - 1.2. (segue) Le scelte di continuità della riforma del processo matrimoniale canonico (la saldezza ribadita del principio d'indissolubilità; la via giudiziale) riflesse in modo "peculiare" dalla "singolare" *facies* della procedura *super rato*: notazioni a margine sugli spunti "racchiusi" e "nascosti" in alcuni discorsi di Papa Francesco. - 1.3. (segue) L'attuale regime pattizio e la mancanza d'una previsione sul riconoscimento civile delle dispense *super rato*: condizionamenti 'a monte' e contraddizioni 'a valle'. Un'ipotesi di studio: l'affermazione della "laicità collaborativa" (espressa e promossa dall'art. 1 Conc.) focalizza l'urgenza d'un compiuto diradamento di quei "condizionamenti". - 2.1 L'origine del problema: l'estensione del divorzio ai matrimoni concordatari, la ripolitizzazione del tema (in senso opposto al verso del 1929), l'affermazione della teorica "unilateralista" del "dominio" dello Stato (mai perso) sulla regolazione del rapporto. - 2.2. (segue) L'incidenza di questi condizionamenti politico-ideologici sui negoziati per la revisione del Concordato e sull'intervento della Consulta (sent. 18/1982): l'avallo di quest'ultima alla teorica del (pre)dominio statale sulla sfera del rapporto; il (conseguente) vaglio in senso formalistico sulla procedura *super rato*; l'approdo all'avviso di un'insufficiente garanzia di tutela giurisdizionale (ivi prestata). - 2.3 (segue) La persistenza del "condizionamento": l'Accordo del 1984 e la previsione "mancante". Il (derivante) contrasto con i cardini assiologici, la "filosofia" e la "funzionalità" del 'nuovo Concordato'. - 3.1. Gli spunti emergenti - appresso- nell'ordinamento canonico e in quello civile atti (sotto diversi profili) ad agevolare una focalizzazione compiuta della "specificità" delle procedure *super rato* (e del livello di garanzie ivi prestato). - 3.2

* Il contributo è frutto della riflessione comune dei due Autori; tuttavia, i paragrafi 1.1, 1.2, 1.3 e 2.1 sono opera di Fabiano Di Prima, i paragrafi 2.2, 2.3, 3.1., 3.2., 3.3, 3.4., 3.5. e 4 di Marco Dell'Oglio.

(segue) l'Istruzione 20 dicembre 1986 della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti; gli apporti (indiretti) del diritto giurisprudenziale italiano. Il principio di laicità «ribadito» dalla Consulta nella sent. 421/1993: il «matrimonio» che origina «nell'ordinamento canonico e che resta disciplinato da quel diritto». – 3.3 (segue) gli apporti (indiretti e diretti) della giurisprudenza civile nella seconda metà degli anni '90. L'evidenziazione della strada obbligata per la risoluzione del problema: una specifica disciplina bilaterale. – 3.4. (segue) le innovazioni (ulteriormente) «chiarificatrici» sul fronte ecclesiale: in particolare, il m.p. *Quaerit semper* del 2011. – 3.5. (segue) gli ultimissimi apporti della giurisprudenza costituzionale: il conclamato verso «cooperativo» della laicità italiana, promuovente regole pattizie a presidio di specifiche istanze religiose. La problematica mancata focalizzazione di questo peculiare «verso» da parte della Cassazione (in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità). – 4. Conclusioni.

1.1 Premessa. L'approccio a una "macro-tematica": il dinamismo 'politico-giuridico' in chiave cooperativa contrassegnante la dialettica Stato/Chiesa in Italia negli ultimi anni.

Quando s'inizia ad esplorare un vasto campo d'indagine, sulla scorta d'una (o più) ipotesi di ricerca, non mancano ragioni di "economia" (di spazio, tempo, opportunità, ecc.) che inducono a concentrarsi su uno specifico settore (di quel campo), quale "campione" e/o paradigma da analizzare, alla ricerca di conferme di quella stessa ipotesi di partenza. Se, poi, a conclusione dell'indagine ci si avvede che i riscontri ottenuti vanno in questa direzione, è difficile – specie in caso d'un "robusto" riscontro – sfuggire al pensiero che qualcosa di simile sarebbe potuto accadere scrutinando altri (e diversi) settori. Così può accadere che più tardi, rileggendo quelle conclusioni, alla luce – magari – di altre sollecitazioni, quello stesso pensiero prenda "quota", diventando un "pungolo" che spinge (prima o poi) a riprendere quell'indagine, proiettata stavolta altrove, sempre però sulla scorta dell'originaria ipotesi di studio: con l'auspicio che quei primi riscontri rappresentino – per usare un'immagine incisiva – la "traccia di un percorso ancora da compiere"¹.

¹ P. Prodi, *Il giuramento e il tribunale della coscienza: dal pluralismo degli ordinamenti giuridici al dualismo tra coscienza e diritto positivo* (orig. nel volume curato da N. Pirillo, *Il vincolo del giuramento e il tribunale della coscienza*, Bologna 1997, pp. 475 ss.; ripubblicato, più di recente) in *Cristianesimo e potere*, Bologna 2012, p. 177.

Questo è quanto accaduto, di recente, a chi scrive, riguardo a uno studio di taglio ecclesiasticistico chiuso l'anno scorso² avente ad oggetto, per l'appunto, una vera e propria "macro-tematica": e cioè il dinamismo 'politico-giuridico' in chiave cooperativa che segna sempre più, da tempo, la dialettica Stato/Chiesa in Italia.

Riassumendo i punti chiave di questo lavoro, si assumeva anzitutto l'ipotesi di base che l'intensità montante di questo fenomeno fosse correlabile ad uno specifico dato tecnico-giuridico, e cioè al progressivo consolidamento (dal 1984 in poi) del principio cardine dell'Accordo di Villa Madama (art.1), dell'impegno delle due Parti, nel rispetto della "distinzione degli ordini" (art. 7, 1 co., Cost.) «*alla reciproca collaborazione*» per la «*promozione dell'uomo*» ed il «*bene del Paese*». A quest'ipotesi 'generica' di partenza, si giustapponeva – dopo una primissima disamina del tema - quella più specifica, che l'indicato invero (del principio di cui all'art.1 Conc.) avesse fatto più che sommuovere, in senso cooperativo/proattivo, la predetta dialettica interordinamentale (con immediato vantaggio per la collettività nazionale dei cittadini-fedeli); comportando altresì l'instaurarsi d'una (vera e propria) "cultura della collaborazione", atta a mutare l'approccio seguito dalle Parti negli ambiti ove l'azione della Chiesa – esercitando «*in piena libertà*» la sua missione istituzionale (art.2 Conc.)³ - "incrocia" quella statale: inducendo entrambe, pur nel rispetto delle rispettive competenze e responsabilità, ad andare *anche al di là di quanto espressamente prescritto* per approdare a soluzioni (quanto più possibile) condivise. Quest'ultima (più circostanziata) ipotesi veniva

² F. Di Prima, M. Dell'Oglio, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, oggi: il consolidamento del principio della reciproca collaborazione (art. 1 Accordo di revisione concordataria). Il paradigma delle fabbricerie*, in *JusOnline*, 1 (2018), p. 28 ss. (v. anche in *Il Diritto ecclesiastico*, 1-2 (2017), pp. 219 ss.).

³ Si osservava – a tal proposito - nel lavoro citato alla nota precedente l'importanza cruciale che assume, nel testo dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense, la previsione in commento - i.e. l'art. 2 Conc. – nella misura in cui quest'ultima, "anche in vista del moltiplicarsi delle occasioni di confronto (anzitutto per via della formula di cui all'art.1 Conc.) ha focalizzato quale sia dal punto di vista della Repubblica l'ordine proprio della Chiesa, delimitandone i margini legittimi d'azione concreta nell'ordine "profano", coincidenti con quegli ambiti ove ritenga di dovere svolgere, in «*piena libertà...la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione*» (v. F. Di Prima, M. Dell'Oglio, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica*, cit., pp. 38-39, e i relativi rimandi bibliografici).

assunta, segnatamente, vagliando gli spunti in tal senso contenuti nei discorsi ufficiali del Santo Padre e del Presidente Mattarella, resi in occasione della “visita di restituzione” del primo al Quirinale (10 giugno 2017)⁴ e prestando particolare attenzione al riferimento “implicito” fatto (da entrambi) al fronte del dopo-sisma dell’Italia centrale (del 2016). Andando a vagliare, infatti, l’articolata scansione di azioni/decisioni assunte (dalle istituzioni dei due Ordini) a presidio dell’interessato patrimonio culturale chiesastico, e – contestualmente – delle investite istanze collettive basilari (legate alla “fruizione” di quel patrimonio), si riscontrava – per l’appunto – in ciascuna di esse l’aderenza al detto “spirito” cooperativo (di cui all’art.1 Conc.), in un clima di sintonia che produceva per l’appunto non solo una sommatoria di “conegni necessitati” (dettati, cioè, dal mero ossequio alle disposizioni), ma un’azione in concerto, rilevante anche sul piano giuridico, decisiva per raggiungere – come nel caso - obiettivi che da soli i due Ordinamenti non apparivano in grado di conseguire autonomamente⁵.

Andava considerato, tuttavia, nell’economia dell’analisi sino a lì condotta, il “peso” che in questo primo riscontro ‘positivo’ (della crucialità dell’inveramento del principio di collaborazione) poteva avere avuto la presenza, tra le norme tenute presenti (nell’occasione) dalle competenti autorità, dell’unica direttrice del “nuovo” Accordo, i.e. l’art.12, I co. ove trova puntuale applicazione *proprio* l’impegno alla collaborazione (verso il “bene del Paese”) di cui all’art.1 Conc. (ivi declinato – congruamente – verso il presidio di *tutto* il patrimonio culturale nazionale). Da qui, l’idea - sorta pensando al “riferimento identitario/simbolico” proprio di talune componenti del detto patrimonio chiesastico – di prendere a quel punto, a “campione” (dell’indagine) le vicende giuridiche salienti delle *fabbricerie*, peculiari istituzioni da secoli in connessione con la Chiesa, ‘sovrintendenti’ alla conservazione (e al presidio) di illustri edifici ecclesiastici; e ciò per il

⁴ Cfr. il *Discorso del Santo Padre Francesco*, 10 giugno 2017, consultabile in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/june/documents/papa-francesco_20170610_visita-quirinale.html; nonché l’*Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della Visita di Restituzione del Santo Padre al Quirinale*, 10 giugno 2017 (consultabile in quirinale.it/elementi/1341).

⁵ Cfr. F. Di Prima, M. Dell’Oglio, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica*, cit., p. 48 ss. (e relativi rimandi bibliografici).

loro essere paradigma dell'incontro "dinamico" tra i due Ordini, gravitando – non solo per le loro finalità - *anche* nell'ordine statale. Ebbene, anche in questo caso lo scrutinio dava un esito positivo, dato dal riscontro di cospicui benefici derivanti dal consolidamento della summenzionata "super-regola" pattizia (della collaborazione): nello specifico, ricavabili dal diradamento progressivo delle "opacità" e dei fraintendimenti e/o pregiudizi ideologici che hanno connotato (la considerazione 'a monte' e quindi) il trattamento giuridico di questa tipologia di enti (già storicamente, e) appresso alla Conciliazione, con incidenze avvertibili ancora quando – nell'85 – si adotta, in sede pattizia, la legge sugli enti ecclesiastici; e ciò per via di sviluppi, anche a livello giurisprudenziale, in entrambi gli ordinamenti, che hanno fatto emergere una più nitida "fisionomia" normativa, figurante i suoi tratti peculiari (non come incongruità, ma anzi) quali manifestazioni di quella "*collaborazione effettivamente ricercata*", figlia del (fiducioso) «nuovo modo di guardarsi» rispecchiato nell'art.1 Conc⁶. A corroborare, in conclusione dell'indagine, l'evidenza di quest'ultimo dato, stava soprattutto – per l'appunto - il confronto con l'assetto ben diverso delineatosi nel 1929: con una ricerca di collaborazione da parte del Regime solo declamata⁷; con un'effettiva tensione a comprimere gli ambiti d'azione di realtà *altre* da esso, in nome dell'«esclusivismo sovrano» dello Stato⁸; con una conseguente strumentalizzazione/politicizzazione del 'religioso' cui è estranea, in effetti, sia l'idea d'un "bene comune" (quale "orizzonte" del Concordato) sia il riguardo per le istanze *altre*, comprese le religiose; e, infine, con un

⁶ Per usare l'icastica immagine adoperata dal Segretario di Stato Card. P. Parolin nel 2014, a trent'anni dalla sigla dell'Accordo di Villa Madama, per descrivere l'innovata ottica assunta allora dalle Alti Parti (cfr. l'articolo pubblicato ne *L'Osservatore Romano*, il 12 febbraio 2014, intitolato – per l'appunto – "*Un nuovo modo di guardarsi. A trent'anni dalla firma del nuovo concordato tra Italia e Santa Sede*" (v. in osservatoreromano.va/it/news/un-nuovo-modo-di-guardarsi).

⁷ Cfr. la Relazione del Capo del Governo (Mussolini) e del Ministro della Giustizia e degli Affari di culto (Rocco) presentata alla Camera dei Deputati (30 aprile 1929) e al Senato del Regno (16 maggio 1929) sul D.d.l. per la "*Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi, e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia, l'11 febbraio 1929*".

⁸ V. P.A. Bonnet, *Diritto concordatario italiano*, in C. Corral Salvador - V. De Paolis - G. Ghirlanda (a cura di), *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, Cinisello Balsamo (MI), 1993, pp. 358 ss.

clima di reciproca diffidenza, ove l'approccio governativo alla regolazione delle singole materie risponde, in effetti, alla sola logica del compromesso (ossia concedendo "qualcosa" alla Chiesa, che dica, comunque, d'una attenuazione dei rigorismi della stagione liberale). Così, mentre viene concesso 'tanto', nel caso di materie reputate dalla Santa Sede d'essenziale importanza, come ad es. nel caso del matrimonio, viene concesso molto meno in altri versanti ove *ex parte Ecclesiae* s'aprono margini di negoziabilità, come quello degli enti ecclesiastici, avendo la meglio l'impulso "esclusivista" del Regime, nel rigettare (l'idea di mostrare riguardo verso un potere "paritetico", e le sue specificità, e dunque) l'opzione di stendere un regime *ad hoc* davvero sottratto al diritto comune. Ma può anche non esser concesso alcunché – o quasi – quando su quegli stessi fronti fanno leva più specifiche tendenze "esclusiviste", come, ad es., quella alla politicizzazione della cultura, che, nel caso dei beni storico-artistici d'interesse religioso, porta a ignorare (ideologicamente) tale interesse – e così l'evidenza d'un campo ove l'accordo è necessario – rendendo il Concordato del '29, a differenza dell'attuale, privo di una pertinente (adeguata) previsione⁹.

1.2. (segue) Le scelte di continuità della riforma del processo matrimoniale canonico (la saldezza ribadita del principio d'indissolubilità; la via giudiziale) riflesse in modo "peculiare" dalla "singolare" facies della procedura super rato: notazioni a margine sugli spunti "racchiusi" e "nascosti" in alcuni discorsi di Papa Francesco.

Orbene, all'incirca un anno fa – per l'esattezza, il 25 novembre - mentre si rileggevano questi rilievi, sopraggiungeva una sollecitazione nel senso predetto (atta cioè a individuare un nuovo settore da vagliare alla ricerca di ulteriori conferme), originata – a monte - ancora dalla lettura d'un discorso di Papa Francesco, (il cui testo veniva) pubblicato quel giorno

⁹ Come rileva, tra gli altri, F. Margiotta Broglio, *Art. 9. Beni culturali di interesse religioso*, in M. Cammelli (a cura di), *Il Codice dei beni culturale e del paesaggio*, Bologna 2004, p. 99, il Concordato del 1929 "non disciplinava la materia, e si limitava a riservare alla Santa Sede la disponibilità delle catacombe, con i relativi oneri", giusta l'art. 33 dello stesso.

dalla Sala Stampa della Santa Sede¹⁰. In particolare, l'attenzione s'appuntava sul particolare incedere di questo (discorso) che, seppur rivolto ai partecipanti d'un corso (promosso dalla Rota Romana) sul "nuovo processo matrimoniale e la procedura Super Rato", cessava praticamente quasi subito di far riferimento a quest'ultima, imperniandosi, a seguire, esclusivamente sulla disamina del primo¹¹. Come rimarcato dal Papa, infatti, seguiva (e seguita, invero) a porsi la necessità di riservare "grande attenzione e adeguata analisi" alla legge di riforma del 2015¹², avente ad oggetto – per l'appunto – i processi di nullità del matrimonio¹³. Cosa che induceva il Pontefice, nell'occasione, a rendere una serie di "definitive" puntualizzazioni, deputate – espressamente - a favorire un'applicazione della riforma conforme al suo obiettivo precipuo, i.e. la "salus animarum" dei fedeli "feriti nella loro situazione matrimoniale"; e -implicitamente – a delineare con nettezza i

¹⁰ Sala Stampa della Santa Sede, *Bollettino* del giorno 25 novembre 2017, "Udienza ai partecipanti al Corso promosso dal Tribunale della Rota Romana - 25.11.2017" [Bo831]: v. in press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2017/11/25/0831/01790.html.

¹¹ V. il passaggio iniziale del Discorso in parola ove il Santo Padre rileva, a proposito del corso appena svolto, e - più in generale - di quelli tenuti in altre diocesi, il fatto d'essere "iniziative lodevoli", che "contribuiscono ad avere una opportuna conoscenza e uno scambio di esperienze ai vari livelli ecclesiali circa importanti procedure canoniche" (v. *supra*, nota precedente).

¹² V. il *Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* ("dato a Roma presso San Pietro, il 15 del mese di agosto nell'Assunzione della Beata Vergine Maria dell'Anno 2015", pubblicato l'8 settembre 2015, ed entrato in vigore l'8 dicembre dello stesso anno), con il quale Papa Francesco ha riformato il processo canonico per la dichiarazione di nullità del matrimonio nella Chiesa latina (quanto, poi, al processo matrimoniale regolato dal Codice dei Canonici delle Chiese orientali, questo è stato oggetto d'una riforma apportata da un altro *m.p.*, i.e. il *Mitis et misericors Iesus*, adottato con analogia tempistica).

¹³ Come è dimostrato già solo dalla pubblicazione di diversi volumi collettanei, tra i quali si possono citare, paradigmaticamente, quello edito nel 2017 dalla Libreria Editrice Vaticana, recante il titolo *La riforma del processo matrimoniale ad un anno dal motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*; quello edito nello stesso anno, curato da M. Dell'Oglio, A. Sammassimo e P. Lobiati, intitolato *La famiglia tra misericordia e diritto: snodi e implicazioni della riforma del processo matrimoniale canonico* (*Atti della Giornata per l'Università cattolica, Palermo 13 maggio 2016*), Milano 2017; ancora, il volume curato da H. Franceschi e M.A. Ortiz, *Ius et Matrimonium II. Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, Roma 2017; quello edito nell'anno precedente, curato da E.B.O. Okonkwo e A. Recchia, *Tra rinnovamento e continuità le riforme introdotte dal motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, Città del Vaticano 2016; e il testo (edito anch'esso nel 2016) curato da M.E. Olmos Ortega, *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, Madrid.

marginì per un'applicazione *davvero* fedele, al contempo, alle linee conduttrici della riforma, riassumibili in tre fronti d'urgenza: *semplificare* e *rendere celeri* le procedure; implementare la *prossimità pastorale* e l'*economicità*; sottolineare la *crucialità del ruolo del Vescovo*¹⁴. L'occorrenza della stesura di queste importanti precisazioni, tacitava, inizialmente, la curiosità 'a margine' (di chi scrive) per (l'esito del descritto incedere, e cioè) l'assenza nel discorso, anche così incentrato (sulla riforma), d'un fuggevole rilievo *ad hoc* sull'altra *speciale* procedura (oggetto del suddetto corso), ossia quella per lo *scioglimento del matrimonio rato e non consumato*. E questo perché, seppure *proprio* la riforma del 2015 offriva uno spunto in tal senso, qual è la modificazione apportata – come si vedrà meglio *infra*¹⁵ – alla disposizione sul passaggio dal processo di nullità alla procedura in parola (can. 1678, par.4); d'altra parte, (è altrettanto vero che) focalizzandosi l'intervento pontificio sul tema (delicato) dell'inveramento (nel quotidiano dell'agire ecclesiale) d'una "*reforma de fondo, que afecta al sentido y espíritu*" del processo matrimoniale¹⁶ (con i conseguenti, inevitabili, problemi di "metabolizzazione"¹⁷) il "focus"

¹⁴ Si veda, al riguardo, il *Sussidio applicativo del Motu pr. Mitis iudex Dominus Iesus*, esitato nel gennaio del 2016 dal Tribunale Apostolico della Rota Romana, lì dove (pp. 9-12) si focalizzano i "*criteri fondamentali*" dell'opera di riforma, "*presentati nel proemio del Motu proprio*", atti a fungere da guida "*nella sua retta attuazione*"; e dove si rileva che essi sono riassumibili "*nei seguenti principi di applicazione concreta: "La centralità del Vescovo nel servizio della giustizia [...] La sinodalità nel servizio pastorale della giustizia [...] Procedure più semplici e agili [...] La gratuità delle procedure"*".

¹⁵ V. *infra*, par. 3.4.

¹⁶ Così, C. Peña Garcia, *Agilización de los procesos canónicos de nulidad matrimonial: de las propuestas presinodales al motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus y retos pendientes tras la reforma*, in *Ius Canonicum*, 56 (2016), p. 57.

¹⁷ Evincibili dalle considerazioni stese di recente dal Vicario giudiziale del Tribunale Ecclesiastico Regionale Lombardo (Mons. Paolo Bianchi), nella *Prolusione* (resa in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Umbro, dal titolo) "*Le Condizioni di Ammissione al Processo Breve e il Ruolo del Vescovo in tale Forma Processuale*" (6 marzo 2018), là dove si rileva "l'impegnativa sfida proposta dalla riforma processuale di Papa Francesco, che spinge gli operatori del diritto a interpretare con prudenza ed attenzione le nuove possibilità ad essi consegnate[...]a svilupparne tutte le implicazioni[...e così affrontare] le domande e le inevitabili difficoltà che una riforma (che si presenta per così dire a modo di una legge quadro) del tutto prevedibilmente potrebbe far sorgere e che anzi di fatto ha già fatto sorgere. Tale impegno (quello cioè di non nascondere, ma di affrontare le difficoltà e i problemi) è a mio giudizio l'unica forma ragionevole di applicazione e –

dell'attenzione ben poteva (comprensibilmente) essere, da questo stesso tema, integralmente 'catturato'.

Senonché quella stessa (iniziale) curiosità si ridestava, dopo che a un rapido vaglio effettuato sui discorsi tenuti (dal Santo Padre) a conclusione di (due) consimili iniziative promosse in precedenza dalla Rota - una delle quali, peraltro, incentrata *esclusivamente* sulla procedura 'Super Rato'¹⁸ - emergeva che anche allora erano mancate (an)notazioni specifiche su quest'ultima, dandosi un'esposizione parimenti concentrata sulle urgenze alla base della riforma: salvo l'inciso – rinvenibile in uno degli indicati discorsi - sul fatto che la riforma valorizza *ulteriormente* il ruolo del Vescovo, posto l'*accertamento* da questo già operato "*per via amministrativa – rato e non consumato*"¹⁹. Ma proprio quell'isolato riferimento fatto *incidenter tantum* all'indole amministrativa dell'indicata (peculiare) procedura, forniva un indizio verso la sussistenza d'una ragione (diversa e) più profonda alla base dell'impostazione scelta da Papa Francesco per stendere i riferiti discorsi. Sembrava cioè che, dietro quel "silenzio" su una procedura - ancorché peculiare – per lo *scioglimento* del matrimonio, vieppiù dall'impronta *amministrativa*, stesse un'accorta "strategia" di comunicazione del Pontefice²⁰, mirata ad *azzerare* riferimenti che avrebbero potuto ingenerare (di riflesso) perplessità -nell'arena mediatica'- rispetto alla "effettività" delle *scelte di continuità* della

per usare una parola divenuta ormai di moda – di implementazione delle innovazioni apportate nel 2015 dalla riforma *de qua*". (v. tribunaleecclesiasticoumbro.it/index.php?option=com_content&view=article&id=165:relazione-vg2018&catid=39:diesannualis&Itemid=146).

¹⁸V. il *Saluto del Santo Padre Francesco ai partecipanti al Corso "Super Rato" promosso dal Tribunale della Rota Romana*, 5 novembre 2014 (v. in w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2014/november/documents/papa-francesco_20141105_tribunale-rota-romana.html), dove Papa Francesco focalizza, quando ancora sono in corso i "lavori" propedeutici all'introduzione della riforma in commento, alcune delle principali urgenze che spingono verso quest'ultima.

¹⁹ Cfr. il *Discorso del Santo Padre Francesco ai partecipanti al Corso promosso dal Tribunale della Rota Romana*, 12 marzo 2016 (v. in w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2016/march/documents/papa-francesco_20160312_corso-rota-romana.html).

²⁰ Sulla "strategia comunicativa" del Pontefice, si v., da ultimo, eminentemente sotto un profilo linguistico, E. Buroni, «*Parole che fanno ardere i cuori*»: lingue e comunicazione di Papa Francesco, in *Treccani-Magazine* (treccani.it/magazine/lingua_italiana/speciali/papa/Buroni.html), dicembre 2017.

riforma²¹, mirate non a favorire le nullità, bensì a favorirne l'accertamento e la ricerca, e perciò a “potenziare” lo strumento della dichiarazione di nullità²² a pro di quanti sperimentano “*il dramma del fallimento coniugale*”²³, ribadendo con forza – sta qui il punto delicato - (‘a monte’) la *saldezza del principio dell’indissolubilità*²⁴, e (‘a valle’) la “*via giudiziale*”²⁵, per accertare la «verità» sull’esistenza del vincolo²⁶.

²¹ Cfr. C. Peña García, *La reforma de los procesos canónicos de nulidad matrimonial: el motu proprio ‘Mitis Iudex Dominus Iesus’*, in *Estudios Eclesiásticos*, 90 (2015), pp. 634 ss.; Id., *El proceso ordinario de nulidad matrimonial en la nueva regulación procesal*, in M.E. Olmos Ortega (a cura di), *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del papa Francisco*, cit., p. 84 ss.

²² Cfr. P. Moneta, *L'appello nel nuovo processo matrimoniale*, in *Prawo Kanoniczne*, 60 (2017), p. 105; v. altresì il saggio steso all'indomani della riforma da O. Fumagalli Carulli, *Celerità della via giudiziaria e pastorale di prossimità nella riforma del processo canonico matrimoniale*, in *JusOnline*, 2 (2016), pp. 23 ss.

²³ V. il *Rescritto* “ex audentia” firmato dal Santo Padre Francesco il 7 dicembre 2015 (e pubblicato il successivo 11 dicembre) *sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale* (press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2015/12/11/0981/02193.html)

²⁴ Cfr. il *Proemio* del surriferito *motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, ove si delinea la decisione del Romano Pontefice “di mettere mano alla riforma dei processi di nullità del matrimonio”, costituendo “a questo fine ...un Gruppo di persone eminenti per dottrina giuridica, prudenza pastorale ed esperienza forense, che, sotto la guida dell'Eccellentissimo Decano della Rota Romana, abbozzassero un progetto di riforma, fermo restando comunque il principio dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale” [corsivo aggiunto]. Quanto a detto principio, v. P.A. D'Avack, *Corso di diritto canonico, I, Il matrimonio*, Roma, 1959, pp. 85-86, dove nota come la proprietà essenziale dell'indissolubilità sia “una di quelle caratteristiche che “pur essendo naturalmente insite in qualunque matrimonio, conseguono tuttavia una fermezza e una efficacia tanto maggiori nel matrimonio cristiano in virtù del suo carattere sacramentale”. Si v. anche il più recente rilievo di O. Fumagalli Carulli, *Il Governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano 2008, p. 211, dove sottolinea come il canone 1056 del vigente *Codex* ripeta “quanto già statuito dal canone 1013, §2 del vecchio *Codex*, in armonia del resto con la tradizionale dottrina della Chiesa: cioè che unità e indissolubilità sono proprietà essenziali del matrimonio e che esse conseguono nel matrimonio cristiano una peculiare stabilità in ragione del sacramento”. Sul principio in parola (i.e. quello dell'indissolubilità) v'è una vastissima bibliografia: si veda, paradigmaticamente, il saggio del 1976 di P. A. Bonnet, *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale*, Padova; e quello redatto più tardi dallo stesso A. dal titolo “*Introduzione al consenso matrimoniale canonico*”, Milano 1985, pp. 13 ss.; nonché la voce *Indissolubilità* redatta da U. Navarrete, in *Il nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, cit., pp. 577 ss. Sulla necessità di salvaguardare il principio anche nel momento cruciale dell'applicazione del diritto, e l'importanza al riguardo delle allocuzioni del Romano Pontefice, cfr. V. De Paolis, *La giurisprudenza*

Un'opzione "strategica", questa, (probabilmente) assunta tenendo presente la trepidazione emersa, segnatamente, durante i lavori sinodali ("coevi" alla riforma) per la possibilità che il detto "potenziamento" "*aliment[asse] l'idea di un [insorgente] divorzio cattolico*"²⁷ – ma soprattutto, poi, in considerazione di talune "infelici"/fuorvianti interpretazioni affiorate nella pubblicistica all'indomani della riforma. E che si risolve (questa medesima "opzione") nell'omettere rimandi a un processo, come quello "*Super Rato*", che può chiudersi con lo *scioglimento* d'un matrimonio²⁸: pur nella piena consapevolezza che

del Tribunale della Rota romana e i Tribunali locali. Parte seconda, in *Periodica de re canonica*, 98 (2009), pp. 470 ss.

²⁵ Cfr. O. Fumagalli Carulli, *Celerità della via giudiziaria*, cit., p. 23 e ss.; J. Miras, *La confirmación de la vía judicial para las causas de nulidad del matrimonio en el m.p. Mitis Iudex*, (Conferencia en el XXVIII Curso de Actualización en Derecho Canónico, Facultad de Derecho Canónico, Universidad de Navarra, 12-13 de noviembre de 2015), v. in dadun.unav.edu/handle/10171/39400.

²⁶ M.I., *Proemio*. Sul punto, v., esemplificativamente, J. Llobell, *Questioni comuni ai tre processi del M.P. "Mitis Iudex"*, in *Ius Ecclesiae*, I (2016), pp. 13 ss.

²⁷ Sinodo dei Vescovi, III Assemblea generale ordinaria, "*Le sfide pastorali sulla famiglia nel contesto dell'evangelizzazione*". *Instrumentum Laboris*, (26 giugno 2014), n. 99: v. in vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20140626_instrumentum-laboris-familia_it.html. Sul punto si noti come Papa Francesco, poco tempo prima della pubblicazione del documento sinodale 'preparatorio' testé citato, in una Lettera indirizzata l'8 aprile 2014 al Segretario Generale del Sinodo dei Vescovi, dopo aver palesato il desiderio di "valorizzare" il Sinodo (quale "*preziosa eredità conciliare*") - nella consapevolezza che per esercitare il "*Ministero Petri* serve, quanto mai, ravvivare ancor di più lo stretto legame con tutti i Pastori della Chiesa" - aggiungeva il rilievo per cui il "*Successore di Pietro...deve prestare attenzione a ciò che lo Spirito Santo suscita sulle labbra di quanti...partecipano a pieno titolo al Collegio Apostolico*" (v. sul punto P. Valdrini, "*Il Sinodo dei vescovi nel pontificato di Papa Francesco. Riflessioni di un canonista*", in O. Fumagalli Carulli - A. Sammassimo (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Milano 2015, p. 477).

²⁸ Tenendo presente il dato basilare posto in evidenza, *ex pluribus*, da A.C. Jemolo, *Il Matrimonio nel diritto canonico*, Milano 1941, p. 334, per cui "il solo matrimonio *ratum et consummatum*, cioè il matrimonio sorto come sacramento e che abbia dato luogo alla copula carnale è assolutamente indissolubile". Sul punto, v. l'annotazione di O. Fumagalli Carulli, *Il Concilio Vaticano II e il matrimonio canonico: capacità e consenso nella convergenza tra pastorale e diritto*, in *Jus*, II (2003), p. 215, dove rileva come "la Tradizione e la prassi secolare non hanno mai fatto rientrare nella potestà vicaria del Pontefice la possibilità di sciogliere il matrimonio sacramentale rato e consumato"; e dove richiama, a tal proposito, l'intervento di San Giovanni Paolo II alla Rota "nell'occasione della solenne apertura dell'anno giudiziario ecclesiastico, il 21 gennaio 2000", nel corso del quale, "rifacendosi a un precedente intervento di Pio XII del 1941, [venne a ribadire] che la non estensione dello scioglimento ai matrimoni rati e

detto processo col “divorzio” come inteso civilisticamente ha davvero ben poco a che vedere (già solo per la proiezione esclusiva di quest’ultimo verso un “benessere terreno”, ove il primo ‘guarda’ anzitutto al “destino eterno dell’uomo”²⁹); e che anzi si tratta d’una “specificità” canonistica che nella sua eccezionalità conferma (per così dire, la “regola”, ossia) i detti cardini (indissolubilità; “via” giudiziale) del processo matrimoniale (di nullità) “conservati” dalla riforma.

Come è facile dedurre, infatti, dai rilievi posti da una delle voci dell’(allora operativa) “cabina di regia *tecnica*” della riforma (i.e. la *Commissione speciale di studio*³⁰ istituita da Papa Francesco³¹), è senz’altro ben presente il dato che l’eccezionale “*fisionomia*” della procedura *super rato*, che contempla la necessità di fornire una risposta calibrata/*ad hoc* ad una specifica urgenza canonisticamente rilevante

consumati “è insegnata dal Magistero della Chiesa come dottrina da tenersi definitivamente, anche se essa non è stata dichiarata in forma solenne mediante un atto definitorio”. Cfr., al riguardo, la previsione di cui al can. 1141 (del vigente *Codex Iuris Canonici*), per cui: “*Il matrimonio rato e consumato non può essere sciolto da nessuna potestà umana e per nessuna causa, eccetto la morte*”.

²⁹ P.A. Bonnet, *La inconsumazione come causa di divorzio nel diritto canonico e nel diritto italiano*, in S. Bordonali e A. Palazzo (a cura di), *Concordato e legge matrimoniale*, Napoli 1990, p. 507. Nota l’A. (ivi, pp. 490-491) come vi sia, a monte, già una palese/eclatante diversità funzionale tra le due fattispecie, atteso che il divorzio nell’ordinamento civile si pone quale “rimedio alla disgregazione matrimoniale”, mentre nella Chiesa lo scioglimento del matrimonio non consumato viene a costituire uno “strumento per salvaguardare la ‘*salus animarum*’”.

³⁰ Si tratta, segnatamente, di Paolo Moneta, che (anteriormente all’introduzione della riforma in commento) interviene una prima volta – per l’appunto - nella qualità, tra l’altro, di “membro della Commissione speciale di studio per la riforma del processo matrimoniale canonico” (v. *infra*, nota n. 31) con una prolusione innanzi al Tribunale Ecclesiastico Regionale Umbro, per l’inaugurazione dell’Anno Giudiziario, il 10 febbraio 2015 (v. in tribunaleecclesiasticoumbro.it/index.php?option=com_content&view=article&id=136&Itemid=123) ; e poi, qualche giorno appresso, una seconda volta, sempre con una prolusione, stavolta innanzi al Tribunale Ecclesiastico Regionale Flaminio, per l’inaugurazione dell’Anno giudiziario 2015” (Bologna, 19 febbraio 2015): v. il testo riprodotto nel contributo pubblicato – sotto il titolo “*Processo di nullità, matrimonio e famiglia nell’attuale dibattito sinodale*” - nella rivista *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (statoechiese.it), 9 marzo 2015.

³¹ Commissione, questa, istituita per volontà del Santo Padre Francesco il 27 agosto 2014, guidata dal Decano della Rota, e deputata (giusta il testuale *Comunicato della Sala Stampa della Santa Sede* del 20 settembre 2014) per l’appunto a “*preparare una proposta di riforma del processo matrimoniale, cercando di semplificarne la procedura, rendendola più snella e salvaguardando il principio di indissolubilità del matrimonio*” (v. in press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2014/09/20/0651/01463.html).

(un “*nodo coniugale*” privo d’attuazione carnale, e perciò della “*piena perfezione*”, ove splende “*per volontà di Dio la massima fermezza e indissolubilità*”³²), deriva essenzialmente dal *modo* in cui questa risposta viene, nel caso, fornita (i.e. mediante l’*eventuale* “spendita” d’una specialissima prerogativa del Pontefice); risultando, pertanto, la procedura (senz’altro) congruente con l’economia (processual-) matrimoniale del diritto canonico, al punto da finire - ancorché in un modo “peculiare” e poco evidente per i non ‘addetti ai lavori’ - col “rispecchiarla”.

In particolare, da una parte, quanto alla prima apparente “disonia” della procedura, quella voce viene (infatti) a segnalare l’imprecisione della “comune considerazione” per cui la procedura è amministrativa ‘a tutto tondo’, posto che tale impronta la connota (sì ma essenzialmente) perché il suo “provvedimento conclusivo non è una sentenza”, “cioè un accertamento [d’una] situazione di fatto, ma la concessione di una grazia”, (determinante lo scioglimento in parola) da parte del Pontefice, nell’esercizio *discrezionale* d’una peculiare *potestas* (derivante dalla specialissima sua posizione di *vicarius Christi*³³): così che quest’ultimo

³² Pio XI, Lett. Enc. “*Casti Connubii*” (31 dicembre 1930), v. in w2.vatican.va/content/pius-xi/it/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html; nota sul punto P. A. BONNET, *L’indissolubilità del matrimonio sacramento (can.1141-1142 cic)*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 2002, IV, p. 558, come l’appena indicato magistero ecclesiastico dia conferma di una precisazione - risalente all’Aquinata, e “del tutto tradizionale nella dottrina sia teologica che canonistica”, per cui la “relazione matrimoniale attinge la propria perfezione solamente nel vincolo che coinvolge nella sua realizzazione l’unione dei corpi”: nel senso che “la mancanza dell’attualizzazione carnale [come per l’appunto focalizzato da san Tommaso d’Aquino] ”*tollit perfectam significationem matrimonii, quae quidem consistit in coniunctione animorum...et in coniunctione corporum*”. V. altresì, a proposito del tema della “consumazione”, le precisazioni di J. Hervada e P. Lombardía, nel loro *El Derecho del Pueblo de Dios*, III/1, *Derecho Matrimonial*, Pamplona 1973, p. 303, per cui quest’ultima “*No es una consumación negocial, sino una consumación sacramental. La peculiar firmeza que, por la sacramentalidad, produce el primer acto conyugal no está en el orden de la consumación de los negocios jurídicos, sino en un orden singular de eficacia que no es reductible a las habituales categorías de los efectos de la consumación de los negocios jurídicos reales o consensuales.*”

³³ Così P. Moneta, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna 2002, p. 154. Rileva B. Marchetta, *Scioglimento del matrimonio canonico per inconsumazione*, Padova 1981, p. 8, come nell’occasione il Pontefice agisce “...in forza della potestà vicaria o ministeriale, cioè in nome di Cristo stesso, di cui fa le veci”, determinando così un effetto peculiare, i.e. lo scioglimento del vincolo «*de quo Ipse Deus est auctor*». Osserva O. Fumagalli Carulli, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1974, p. 30

non è tenuto a concedere lo scioglimento, anche se risult[i] con certezza” – appresso al vaglio procedurale - l’inconsumazione³⁴. E a riprova di questa indole amministrativa solo “relativa” – seguita l’A. – vale l’osservazione che “il procedimento ...super rato presenta *molte caratteristiche del processo giudiziale*, soprattutto nella fase istruttoria che si svolge presso le diocesi”; e che se pure “ufficialmente non è

(nota n. 65), rifacendosi a pertinenti rilievi di Papa Paolo VI (v. il *Discorso di Paolo VI alla Sacra Romana Rota*, 27 gennaio 1969, in w2.vatican.va/content/paul-vi/it/speeches/1969/january/documents/hf_p-vi_spe_19690127_sacra-rota.html), come la potestà vicaria differisce da quella giurisdizionale per via del fatto che s’esercita una diversa causalità, talché “mentre la potestà ministeriale ha Cristo come unica fonte e colui che la dispensa è soltanto strumento”, quella giurisdizionale «*pur attingendo da Cristo la sua virtù e la sua ragion d’essere, possiede un suo proprio procedimento umano, che fa di chi n’è investito un esecutore responsabile*». Cfr., sul punto, J. Fornés, *Consideraciones sobre la disolución del vínculo conyugal*, in G. Boni - E. Camassa - P. Cavana - P. Lillo - V. Turchi (a cura di), *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Torino 2014, p. 374, dove rileva, a proposito di questa “*potestad vicaria*” del Pontefice, come si possa parlare di una “*potestad propia sólo de Dios (que actúa como causa principal)*” laddove quella del Pontefice “*actúa como causa instrumental*”: derivandone che “*esta potestad disolutoria sólo pertenece al Romano Pontefice, como Vicario de Cristo en la tierra con la plenitud propia y exclusiva de su oficio*”. Cfr. altresì J.L. Santos-Díez, *La potestad ministerial en el ordenamiento canónico*, in *Ius Canonicum*, V (1956), pp. 63 ss.

³⁴ P. Moneta, *Prolusione* tenuta innanzi al Tribunale Ecclesiastico Regionale Umbro, cit. (v. *supra*, nota n. 30). Lo stesso A. nel 1997 (P. Moneta, *Ritorna il riconoscimento civile dello scioglimento canonico del matrimonio non consumato?*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, III (1997), p. 973) già annota in proposito la circostanza che “la dottrina canonistica [salvo] qualche sporadica eccezione ...è concorde nel ritenere che il potere pontificio di sciogliere i matrimoni non rientra nella potestà giudiziaria, non costituisce atto di giustizia, ma «*negotium gratiosum seu administrativum*»”: (citando, segnatamente, F.X. Wernz - P. Vidal, *Ius canonicum*, V, *Ius matrimoniale*, Roma 1928, 739, nt. 41 e) rimandando, al riguardo, ai rilievi di C. Mazzacane, *La justa causa dispensationis nello scioglimento del matrimonio per inconsumazione*, Milano 1963, p. 42, dove ad es. si nota – tra l’altro - come nella procedura in parola “mancano le caratteristiche della contenziosità”, osservando, segnatamente come l’istanza sia “generalmente presentata di accordo tra i coniugi” e come questi ultimi “nessun diritto fanno valere né essi esercitano una facoltà che loro deriva dall’esistenza di un tale diritto. Dato il carattere discrezionale della potestà di dispensa –soprattutto per quanto riflette il convincimento e la determinazione del soggetto che emana l’atto – [osserva altresì l’A.] il singolo non ha certo un diritto soggettivo ad ottenerlo; anche se è in possesso dei requisiti e delle condizioni previsti per richiederne la emanazione; solo quando la dispensa sia stata concessa egli avrà acquisito un diritto, sì che sotto questo aspetto soltanto può dirsi che l’atto di dispensa dia vita a veri e propri diritti soggettivi”. Su quest’ultimo aspetto, cfr. G. Dalla Torre, *Lezioni di diritto canonico*, 5^a, Torino 2018, p. 207, dove nota come nella procedura in parola i coniugi “non hanno un ... diritto soggettivo ad ottenere lo scioglimento, ma, semmai, una mera aspettativa”.

prevista la prevista la presenza degli avvocati, ...di fatto vi è pur sempre un consulente che segue ed indirizza le parti”³⁵. D'altra parte, quanto alla seconda apparente “distonia”, i.e. quella col principio d'indissolubilità, vale il richiamo operato da questa stessa voce dottrinale ad un'allocuzione del 2002 di San Giovanni Paolo II³⁶, in un passaggio della quale è chiarito che al contrario i processi *super rato* sono senz'altro connotati, come quelli che sanciscono la “nullità matrimoniale”, dall'urgenza di difendere quello stesso basilare principio, quale connotazione che contraddistingue la specificità dell'intera “attività giudiziaria ecclesiale”: così che vale, segnatamente, per entrambi gli 'ambiti' il monito “di non arrendersi alla mentalità divorzistica”³⁷. Una citazione, questa, che giova a rimarcare come anche nei processi *super rato*, per l'appunto, resta ferma la difesa del bene/valore dell'indissolubilità, e questo perché - come sottolineato dalla suddetta voce dottrinale - da una parte, in essi si pone, *prima di tutto* l'obiettivo ‘procedurale’ di sgombrare il campo dal dubbio che il matrimonio (oggetto del vaglio) non abbia raggiunto quella “pienezza di significato” che ne fa simbolo dell'imperituro amore di Cristo per la sua Chiesa³⁸; e,

³⁵ P. Moneta, *Prolusione* tenuta innanzi al Tribunale Ecclesiastico Regionale Umbro, cit. (v. *supra*, nota n. 30). Lo stesso A., nel suo *La giustizia nella Chiesa*, Bologna 2002, p. 155, già notava come “la delicatezza della materia, l'incidenza che il provvedimento di scioglimento ha pur sempre sullo *status* personale dei soggetti interessati, le precise aspettative che si creano in capo a questi ultimi...hanno indotto [il legislatore canonico] a predisporre un tipo di procedimento che...presenta molte di quelle formalità e di quelle garanzie tipiche di un processo giudiziario”.

³⁶ Cfr. il *Discorso di Giovanni Paolo II ai Prelati Uditori, Officiali e Avvocati del Tribunale della Rota romana, in occasione dell'inaugurazione dell'Anno giudiziario*, 28 gennaio 2002, v. in w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/2002/january/documents/hf_jp-ii_spe_20020128_roman-rota.html.

³⁷ Sottolinea l'importanza di questo rilievo, tra gli altri, V. De Paolis, *Il giudizio secondo verità*, in J. I. Arrieta (a cura di), *L'Istruzione Dignitas Connubii nella dinamica delle cause matrimoniali*, Venezia 2006, p. 30.

³⁸ Si confronti, esemplificativamente, sul punto quanto sottolineato da G. Ghirlanda, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione. Compendio di diritto ecclesiale*, 6ª agg., Roma 2015, p. 478, là dove rileva come il matrimonio tra due battezzati, pur validamente contratto, è già fornito della “indissolubilità intrinseca”, ed è quindi sorto come sacramento; ma se non è ancora stato consumato, non ha raggiunto “la pienezza del segno sacramentale”, e risulta pertanto carente della “indissolubilità estrinseca”: per tale ragione, il Romano Pontefice, in forza della pienezza di potestà di cui Cristo lo ha investito (per l'ufficio suo di *Summus Pastor Ecclesiae*), può sciogliere detto matrimonio, in vista del bene delle anime. Derivandone la conseguenza che il provvedimento che in tale ultimo senso (può) assumere il Pontefice appare come una

dall'altra, anche quando si appuri che così in effetti non è (per via dell'inconsumazione), serve anche che si riscontri (la sussistenza d'una) *giusta causa*, ossia una "ragione che giustifichi siffatta deroga" ad un così capitale principio³⁹.

Alla luce degli indicati rilievi, ben presenti alla *mens* riformatrice, appariva dunque verosimile che, dietro il silenzio tenuto dal Papa – nelle anzidette circostanze – sulla procedura *super rato*, stesse (probabilmente) la scelta di scongiurare *in apicibus* malintesi riguardo alla 'effettività' della scelta di ribadire – come detto – il carattere giudiziario del processo matrimoniale, e la sua vocazione alla salvaguardia del principio d'indissolubilità: una ricostruzione, questa, resa ancor più verosimile dal dato (rimarcato proprio dalla voce dottrinale presente in Commissione, qualche anno prima di assumere detto gravoso impegno) che nei Sacri Palazzi si è soliti tenere un 'prudenziale' riserbo rispetto alle procedure *super rato*⁴⁰, appunto per via del "timore" dell'ingenerarsi di cattive interpretazioni e al

"dispensa dalla legge dell'indissolubilità, che intrinsecamente, per diritto divino naturale, tocca tali matrimoni".

³⁹ Cfr. P. Moneta, *La giustizia nella Chiesa*, cit., pp. 153 e 155 (v. il can. 1142 del vigente Codex: "Il matrimonio non consumato fra battezzati o tra una parte battezzata e una non battezzata, per una giusta causa può essere sciolto dal Romano Pontefice, su richiesta di entrambe le parti o di una delle due, anche se l'altra fosse contraria"). Quanto alle cause "più comunemente ritenute valide per la concessione della dispensa", oltre al bene spirituale delle parti – tenendo presente la notazione di G. Marchetta, *Lo scioglimento*, cit., pp. 5-6) per cui tutte le "superiori ragioni" che stanno dietro allo scioglimento "si compendiano nella necessità della «*salus animarum*» - possono darsi, come riporta P. Moneta, op. ult. cit., p. 155, nota n.10, ad es., "l'insanabile avversione degli animi; l'impossibilità della riconciliazione, [il] desiderio di contrarre nuove nozze, [la] giovane età delle parti e [il] pericolo di incontinenza, [una] separazione definitiva o [una] sentenza di divorzio già pronunciata, [un] matrimonio civile già contratto, [il] desiderio di regolarizzare il matrimonio civile *coram ecclesia*", o ancora una "probabile impotenza". Sul punto, l'A. rimanda a G. Orlandi, *Recenti innovazioni nella procedura super matrimonio rato et non consumato*, in P.A. Bonnet - C. Gullo (a cura di), *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, pp. 460 ss.

⁴⁰ Riserbo "a livello generale", questo, che appare riverberare la riservatezza con cui queste procedure, volta per volta, "data anche la delicatezza della materia", vengono – nel concreto – a svolgersi nell'ordinamento (così P. Moneta, nella sua recensione – pubblicata ne *Il Dir. eccl.* 1-2 (2008), p. 219 – al volume di P. Amenta, *Le procedure amministrative in materia di matrimonio canonico: storia, legislazione e prassi*, Città del Vaticano 2008). V. sul punto, altresì, J. Llobell, *Il m.p. "Quaerit semper" sulla dispensa dal matrimonio non consumato e le cause di nullità della sacra ordinazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (statoecliese.it), luglio 2012, p. 28.

conseguente insinuarsi dell'idea "che anche la Chiesa, nonostante la strenua difesa del principio dell'indissolubilità, finisca in pratica per ammettere il divorzio"⁴¹.

E non è tutto. Perché, a ben vedere – laddove non si fosse data l'opzione "strategica" in commento (quella cioè presumibilmente adottata dal Papa nell'omettere rimandi alle procedure *super rato*) - sarebbero potuti sorgere inopportuni malintesi anche rispetto alle linee conduttrici della riforma in parola assunte (nel 2015) "nel segno dell'innovazione". Nel senso che, come osservato in dottrina all'indomani della promulgazione del vigente *Codex* (1983), la disciplina del processo per lo scioglimento del matrimonio non consumato, nel rispecchiare sotto diversi profili lo spirito degli insegnamenti del Concilio Vaticano II, appare già allora connotata dall'intento (d'implementare la "dimensione pastorale", e) di ricercare il più possibile la strada della semplicità e della celerità⁴². Il che avrebbe potuto suggerire, a chi (nell'arena mediatica) non abbia bastevole contezza della materia, "equazioni" affrettate e conclusioni fallaci del tipo appena visto (quelle cioè che paventano la "mutazione", dopo la riforma del 2015, delle cause di nullità in un inusitato, 'sollecito' rimedio "simil-divorzile"): conclusioni cui è – per il vero – improbabile arrivare se già solo si consideri la *persistente*, macroscopica differenza sussistente tra le due tipologie di processi, a partire da quella più evidente, recando l'uno (i.e. il processo matrimoniale) – come detto - natura propriamente giudiziaria, giacchè mirato all'accertamento della validità d'un atto costitutivo d'uno *status*⁴³; e l'altro – quello '*super rato*' - natura essenzialmente amministrativa, ancorché dotato di formalità e garanzie d'impronta giudiziaria, muovendo dalla richiesta di ottenere una grazia: quella, per

⁴¹ Così P. Moneta, *Recensione*, cit., p. 220.

⁴² B. Marchetta, *Il processo "super matrimonio rato et non consummato" nel nuovo Codice di Diritto canonico*, in Z. Grocholewski e V. Cárcel Ortí (a cura di), *Dilexit iustitiam. Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani*, Città del Vaticano 1984, pp. 407 ss. Rimarca, segnatamente, più tardi, F. López Zarzuelo, *La carta circular "De processu super matrimonio rato et non consummato". Texto y comentario*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 1988, p. 536, il fatto che sia evincibile nelle apposite *Litterae Circulares* emanate - a tre anni di distanza dall'avvento del vigente C.I.C. - dalla Congregazione per i Sacramenti (20 XII 1986) "*el fin de facilitar a los Obispos normas concretas para una más rápida tramitación*" del processo *super rato*.

⁴³ P. Moneta, *La giustizia nella Chiesa*, cit., p. 147.

l'appunto, "della dispensa dal matrimonio" inconsumato⁴⁴. Ma il vero è che, purtroppo tra i non addetti ai lavori, può di base talvolta apparire sfocata finanche la differenza *concettuale* tra nullità e scioglimento, per cui il primo rimanda a un'invalidità originaria dell'*atto* (che laddove accertata conduce a un provvedimento *dichiarativo*); e il secondo, invece, a una 'disfunzione' del *rapporto* (che implica l'adozione eventuale d'un provvedimento con effetti *costitutivi, ex nunc*). Mentre, nella prospettiva consapevole del cultore, è agevole individuare il tema saliente che sta sullo sfondo rispetto al punto in questione, connesso al peculiare declinarsi dell'esperienza giuridica nella Chiesa: e cioè (il fatto) che il codificatore postconciliare, già consapevole dell'urgenza di inverare gli insegnamenti del Vaticano II, considera il *Codex* come "una legislazione programmaticamente aperta al continuo rinnovamento della vita ecclesiale"⁴⁵, pronta – per mutuare le parole di San Giovanni Paolo II - ad "adegu[arsi] e rispecchia[re di volta in volta] la nuova temperie spirituale e pastorale", ispirandosi "sempre più e sempre meglio (...) alla legge-comandamento della carità"⁴⁶; talché non può sorprendere che rispetto all'ambito processual-matrimoniale da quello stesso *Codex* regolato, si sia manifestata – giusta la riforma del 2015 - la propensione a dar (*ancora* maggiore) seguito allo specifico insegnamento conciliare per cui la Chiesa deve incarnarsi, come Cristo, nella realtà del mondo, sovvenendo (*quanto più e quanto meglio può*) alle fragilità dell'uomo⁴⁷: e dunque riformando – per l'appunto - il processo di nullità matrimoniale per accentuarne la "snellezza", l'agilità e la prossimità pastorale, ma come "innovazione nella tradizione"⁴⁸.

Un consapevole discernimento, quello che porta a visualizzare quest'ultimo aspetto, che invece – per l'appunto - può facilmente latitare, quando il tutto passa attraverso il "filtro" della comunicazione

⁴⁴ L. Sabbarese, *Diritto canonico*, Bologna 2015, p. 320.

⁴⁵ G. Feliciani, *La codificazione per la Chiesa latina: attese e realizzazioni. Dobbiamo tornare alle Decretali?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (statoecliese.it), 38 (2018), p. 19.

⁴⁶ Discorso di Giovanni Paolo II per la presentazione ufficiale del nuovo Codice di diritto canonico, 3 febbraio 1983, n. 8 (v. in http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1983/february/documents/hf_jp-ii_spe_19830203_nuovo-codice.html).

⁴⁷ V., segnatamente, Concilio Vaticano II, Cost. dogm. *Lumen Gentium*, n.8.

⁴⁸ A. Bettetini, *Matrimonio e processo canonico: proposte per un'innovazione nella tradizione*, in *Famiglia e Matrimonio di fronte al Sinodo*, cit., p. 73 ss.

mediatica. Potendosi dare, in altri termini, un esito interpretativo 'infelicissimo', del tipo registrato dai padri della *Civiltà cattolica* già all'inizio degli anni '70, quando, appresso alle prime innovazioni apportate alla procedura *super rato* - giusta l'*Istruzione* del 7 marzo 1972, dunque 'a Codice invariato' – già per secondare le nuove esigenze pastorali del Vaticano II - si dava conto dell'inquadramento di "*certi commentatori di organi di stampa...talmente fuori strada*" rispetto alla "*natura e la finalità del documento*", da palesarsi "*grossolanamente male informati fino alla deformazione, come quando, ad es., hanno voluto vedervi una corsa ai ripari contro il divorzio in Italia*"⁴⁹ (con la sommessa osservazione che quella "deformazione" lasciava perlomeno il dubbio che i commentatori avessero comunque -ancora – contezza della distinzione tra nullità e scioglimento).

Le diverse annotazioni sin qui stese, e in particolare quelle particolarmente "frustranti" appena riportate, se confermavano, da ultimo (ancora una volta) l'opportunità del silenzio tenuto da Papa Francesco sulla procedura *super rato* – e *a fortiori*, dello spazio lasciato viceversa alle precisazioni utili a una retta comprensione (del senso e delle finalità) della riforma (del processo di nullità matrimoniale) - corroboravano al contempo la convinzione che – stando diversamente le cose - non sarebbero mancati spunti al Pontefice per marcare i tratti specifici di quella stessa procedura e la sua (altrettanto particolare) congruenza con l'economia (processual-)matrimoniale canonistica, (vieppiù come) 'ravvivata', appresso alla riforma, dalla (descritta) 'incrementata' affinità dei criteri-guida d'ispirazione conciliare, rispettivamente assunti (dai due regimi processuali) onde meglio sovvenire al benessere spirituale dei fedeli/figli della "Santa Chiesa"⁵⁰. Rilievi, questi, ai quali si sarebbe potuta soggiungere -ad es. - l'importante notazione 'pratica' che le ipotesi di scioglimento (ancorché

⁴⁹ Così G. Caprile S.I., *Norme per alcuni processi matrimoniali*, in *Civ. cattolica*, luglio 1972 (Quad. n. 2930), p. 166, che rimanda all'articolo apparso sul tema sull'*Osservatore Romano* (del 22 giugno 1972) dall'eloquente titolo: "*Precisazioni a servizio della verità*".

⁵⁰ Per usare l'immagine adoperata da San Paolo VI nella sua Lettera Apostolica *Causas Matrimoniales* (28 marzo 1971), data allora "*nell'attesa...della riforma organica della procedura matrimoniale*" (ad opera della "*commissione per la revisione del codice di diritto canonico*"), onde stabilire "*alcune norme per rendere più spedito lo svolgimento dei processi matrimoniali*".

numericamente incomparabili con le nullità matrimoniali) si sono “notevolmente intensificate in questi ultimi anni”, riaffermandosi così quale strumento d’intervento ecclesiale “tutt’altro che trascurabile...per aiutare i fedeli vittime di una infelice vicenda coniugale”⁵¹.

1.3. (segue) L’attuale regime pattizio e la mancanza d’una previsione sul riconoscimento civile delle dispense “super rato”: condizionamenti ‘a monte’ e contraddizioni ‘a valle’. Un’ipotesi di studio: l’affermazione della “laicità collaborativa” (espressa e promossa dall’art. 1 Conc.) focalizza l’urgenza d’un compiuto diradamento di quei “condizionamenti”.

Ponendo mente a detti spunti, da una parte, e riflettendo, dall’altra, sulla (amara) citazione (della Civ.Cattolica) *supra* riportata, evocativa delle ‘fratture’ (tra Stato e Chiesa; tra società civile e religiosa) prodottesi in Italia con l’introduzione d’una legge divorzile (n. 898/70) che investe anche i c.d. matrimoni concordatari, emergeva in tutto il suo profondo rilievo - la problematica evocata in apertura di lavoro, che appariva meritevole d’una disamina *ad hoc*, nel senso predetto.

Si è a dire, cioè del sacrificio patito – da lì a poco - dalla Chiesa (e di riflesso dai *cives-fideles*) anzitutto in vista della “ricomposizione” di quelle fratture, nel lasciare che il Concordato revisionato (nel 1984) risultasse, com’è tuttora, privo della previsione conferente (dal ’29) rilievo giuridico civile al provvedimento pontificio di scioglimento *de qua*.

Un sacrificio, questo, il cui (gravoso) peso s’avvertiva già nel ’79, ossia a metà del percorso di revisione (bilaterale) che avrebbe portato alla stipula dell’Accordo di Villa Madama, quando per la prima volta una delle “bozze” che segnano il procedere di quei negoziati non contempla(va) più la previsione in parola. Un’assenza sorprendente, che diceva da subito d’una sofferta risoluzione della delegazione vaticana, presumibilmente dovuta – come si vedrà meglio *infra* – all’approccio tenuto dalla controparte statale rispetto alla definizione della regolazione pattizia della materia matrimoniale. E in particolare, in premessa, alla (probabile) presa d’atto che questa stessa controparte dava per assodata

⁵¹ P. Moneta, *Recensione*, cit., p. 219.

la teorica giuridicamente fallace sostenuta (all'incirca) dieci anni prima dal fronte divorzista (e che è all'origine delle anzidette *fratture* tra i due Ordini), secondo la quale anche dopo le ampissime concessioni in materia operate (nel '29) *ex parte Status* in sede concordataria (e segnatamente, il riconoscimento integrale del matrimonio canonico, con tutte le sue connotazioni essenziali, tra le quali quella dell'indissolubilità; e la rinuncia alla giurisdizione su di esso a pro della giurisdizione ecclesiastica), lo Stato aveva *comunque* mantenuto la competenza sulla "disciplina del vincolo"; e in secondo luogo, alla conseguente (altrettanto probabile) presa d'atto che per questo motivo - figurando questa stessa teorica una ripartizione rigida di competenze (la Chiesa, sull'atto matrimoniale; lo Stato, sull'insorgente rapporto) - quella medesima controparte veniva a guardare al riconoscimento di un'ipotesi di scioglimento prevista (non dal diritto statuale, bensì) dal diritto canonico, come una "invasione di campo" difficilmente tollerabile. Dandosi così un presumibile scenario che conduceva la delegazione vaticana, per l'appunto nello sforzo di comporre "assunti tra loro" ancora "contrastanti"⁵², e onde placare più cospicue brame della controparte statale (ideologicamente informate al "recupero della sovranità", finanche sulla "sfera dell'atto"), a lasciare cadere, *obtorto collo*, l'efficacia civile della dispensa per inconsumazione, così secondando un primo (informale) disconoscimento *ex parte Status* della rilevanza d'una (plurisecolare) specificità dell'ordinamento canonico, e del suo peculiare declinarsi 'accanto' alle cause matrimoniali.

Ma il peso di questo sacrificio si avvertiva ancor di più un lustro più tardi, quando le Alte Parti siglavano (il 18 febbraio 1984) l'Accordo di modificazione del Concordato Lateranense. Ed oltre che per il fatto lampante che il relativo testo rimaneva (riguardo alla materia matrimoniale) "mutilo"⁵³ nel senso predetto (contemplandosi in esso la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale (art.8) ma non parlandosi più d'effetti civili per le dispense pontificie da

⁵² O. Fumagalli Carulli, *Società civile e società religiosa a vent'anni dal Concordato: il matrimonio*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose (olir.it)*, maggio 2005, p. 8.

⁵³ Due anni prima, parla al riguardo d'una "decapitazione" C. Mirabelli, *Alcune osservazioni in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1982*, in *Il Dir. eccl.*, I (1982), p. 471.

matrimonio rato e non consumato); anche per la circostanza che si veniva così a dare una (percezione di) rispondenza a quanto (d'inappagante⁵⁴ e severissimo⁵⁵) deciso dalla Consulta due anni prima, con la sent. 18/1982, e cioè che la previsione (lateranense sulla dispensa pontificia *super rato*) era *comunque* da reputarsi costituzionalmente illegittima, per il rilievo dato a un provvedimento assunto al termine d'un procedimento non idoneo a garantire il "principio supremo" del diritto alla tutela giurisdizionale, nemmeno considerando quest'ultima "nel suo nucleo più ristretto ed essenziale" (quando il vero è che questa specifica decisione – come si avrà modo di vedere meglio *infra* - risultava frutto d'un vaglio condotto essenzialmente in senso formalistico, in ragione, eminentemente, del gravante condizionamento politico-ideologico che pesava sulla Consulta, e cioè quello di dovere secondare l'anzidetta teorica (ideologicamente "forte", ma giuridicamente "debole", all'origine dello strappo del 1970) che proprio la stessa Consulta aveva avallato dieci anni prima (con la pronuncia 169/1971 sulla legge divorzile), per cui compete *esclusivamente* allo Stato la regolazione del vincolo, in termini sostanziali e processuali, anche laddove si tratti di matrimoni canonici trascritti).

Con alcuni esiti paradossali che si venivano a dare, per via di quest'espunzione, come il fatto che nel testo del *Protocollo Addizionale* dell'Accordo di Villa Madama ricorreva, e tuttora ricorre, una clausola che indica la necessità di «tener conto della «specificità del diritto canonico» che regola «il vincolo matrimoniale» (art. 4, lett. b)⁵⁶: una clausola che (valicando la mera rilevanza processuale, a pro del giudice italiano chiamato a delibare le sentenze canoniche, invece) fungeva già allora (e seguita a fungere) da "indirizzo interpretativo cogente" che segnala la volontà delle Parti di riconoscere effetti civili ai matrimoni

⁵⁴ Cfr. esemplificativamente, R. Coppola, *L'efficacia civile della giurisdizione ecclesiastica matrimoniale oggi in Italia*, in C. Colafemmina (a cura di), *A servizio del Regno*, Molfetta, 1983, p. 141, che valuta come "discutibile" la considerazione della Consulta con la quale si nega carattere giurisdizionale all'iter per la concessione della dispensa *super rato*.

⁵⁵ Cfr. G.B. Varnier, *Divorzio civile e dispensa canonica "super rato": una deludente realtà con qualche nuova prospettiva*, in *Il Dir. eccl.*, 1987, p. 1130.

⁵⁶ V. sul punto, esemplificativamente, G. Dalla Torre, "Specificità dell'ordinamento canonico" e delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (statoechiese.it), novembre 2013.

“contratti” secondo le norme canoniche, e quella implicita/conseguenziale di garantire “l’ordinaria apertura dell’ordinamento italiano alla recezione di atti...provenienti dall’ordinamento canonico, seppure nei termini e nei limiti previsti dall’Accordo”⁵⁷ (col paradosso, per l’appunto, che quest’ultimo chiudeva a monte l’ingresso al provvedimento – la dispensa *super rato* - che per eccellenza dice della “specificità” della *regolazione canonica del vincolo*). O come l’altro aspetto paradossale, per cui il Preambolo dell’Accordo medesimo recava (e tuttora reca) l’esplicitazione che a dare impulso alla revisione – tra l’altro - sono stati gli «sviluppi promossi nella Chiesa dal Vaticano II» e l’avvento in essa della «nuova codificazione»: quando s’è visto *supra* che i primi e la seconda hanno apportato nello specifico caso della procedura *super rato* innovazioni mirate a rispecchiare, conformemente alle peculiarità di quest’ultima, la propensione conciliare a rispondere a una “domanda di giustizia più attenta alle esigenze della ... persona” umana⁵⁸. Per non dire poi, a tale ultimo proposito, dell’ulteriore (correlato) paradosso, per cui una pattuizione da subito definita quale “Accordo di libertà”, con la descritta “espunzione” determinava (e seguita a tutt’oggi a determinare), di riflesso, una (altrettanto problematica) contrazione della libertà delle *persone*, ossia quella di vedere tutelata *appieno* nell’ordinamento civile la decisione, coerente col proprio credo, di affidarsi all’*altro* ordinamento (i.e. quello confessionale) a fronte d’una infelice vicenda coniugale.

Orbene, posto che:

- a) come s’è evidenziato all’inizio, quest’Accordo reca un innovativo principio cardine (art. 1) che chiama le due Parti a un’inedita collaborazione reciproca a pro (non solo del “bene del Paese”, ma anche) della “promozione dell’uomo”;
- b) che – come s’è già avuto modo di constatare – il consolidamento di questo principio, specialmente negli ultimi anni, ha contribuito a creare un inedito stile di compresenza attiva dei due Ordini, e un (conseguente) proficuo clima di (fiduciosa) “sintonia” inter-istituzionale;

⁵⁷ G. Dalla Torre, “Specificità dell’ordinamento canonico” e *delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche*, cit., p. 6.

⁵⁸ O. Fumagalli Carulli, *La disciplina del matrimonio e il magistero conciliare*, in E. Cappellini (a cura di), *La normativa del nuovo Codice*, Brescia 1983, p. 221.

c) che quest'ultima novità appare aver diradato – in alcuni campi - talune “scorie” della vecchia visione “unilateralista”, rivitalizzata negli anni ‘70 da tensioni ideologiche analoghe a quelle appena accennate, e perciò ancora presente al momento della sigla dell’Accordo stesso;

e considerato che:

a) queste tensioni hanno avuto un particolare influsso nella stesura delle (relative) direttrici in materia matrimoniale⁵⁹, e segnatamente nel determinare la summenzionata (sofferta) “espunzione” della previsione del ‘29 sul riconoscimento della dispensa pontificia *super rato*;

b) (e che ciò pare essere suggerito, segnatamente – tra l’altro – già dal fatto che, ad es.) in altre esperienze concordatarie, analogamente connotate da una (più o meno) ‘recente’ revisione del sistema matrimoniale (Spagna, Portogallo, Malta, ecc.), com’è noto, l’espunzione in parola non s’è data affatto, conservandosi la possibilità del riconoscimento (dei provvedimenti pontifici in parola) ‘accanto’ a quello delle sentenze ecclesiastiche di nullità;

tutto ciò posto e considerato, onde fare luce – anzitutto - sulle motivazioni della (perdurante) problematica in parola, e verificare da ultimo l’incidenza degli appena descritti fattori innovativi (connessi al consolidamento dell’art.1 Conc.) – a (pre)figurarne una possibile risoluzione, si addiveniva all’avviso di compiere l’agile disamina che occupa le pagine a venire.

Una disamina mirata, in primo luogo, a focalizzare l’origine, la misura e l’incidenza degli indicati “condizionamenti” politico-ideologici che incidono sui negoziati e sull’intervento della Consulta del 1982, e che conducono – nei termini già sommariamente anticipati - all’espunzione in parola; e a porre in luce appresso, le contraddizioni e i contrasti che si producono, in ragione di tale espunzione, rispetto all’assiologia, alla “filosofia” e alle finalità dell’Accordo del 1984. Una prima analisi, questa, a cui fa seguito – nella seconda parte del lavoro - la focalizzazione di quelle evoluzioni/innovazioni riscontrabili dopo la sigla dell’Accordo sui

⁵⁹ G. Dalla Torre, *A vent’anni dalla revisione del Concordato*, in *Iustitia*, II-III (2004), p. 160, rileva come tra i “punti nodali” dell’intera trattativa (quelli cioè dove le Delegazioni partivano “da posizioni più distanti”), vi sia (anche) la materia matrimoniale: sottolineando come rispetto a quest’ultima, lo “scoglio” fu “sostanzialmente rappresentato dalla questione della giurisdizione”, ponendosi un problema a monte, al riguardo – al pari della materia dell’insegnamento della religione – di natura “politico-ideologica”.

due fronti ordinamentali, e che agevolano, sotto diversi aspetti, una più compiuta delineazione della specificità delle procedure *super rato* (e della portata effettiva delle garanzie in esse fornite), finendo così col segnalare l'urgenza d'un compiuto diradamento di quella persistente "ombra" (politico-ideologica) gravante sull'Accordo.

Guardando in particolare, da un parte, al fronte (ordinamentale) statale ove - talvolta anche a dispetto delle apparenze - sembra affiorare nel tempo, anche riguardo a questa specifica problematica, uno "sguardo" mutato *ex parte Status*, senz'altro ancora genericamente 'rigido' (come mostrano gli ultimi discutibili approdi in materia di delibazione delle sentenze di nullità) ma in un verso 'post-ideologico' che si rivela, ad es., negli ultimi apporti della giurisprudenza costituzionale, sulla delineazione delle implicazioni del principio di laicità nel segno d'una disponibilità all'apertura a valori/contenuti confessionali (coerente con lo spirito di "servizio" proprio della Repubblica a pro delle istanze religiose dei cittadini); e che appare avvantaggiarsi, in particolare, della più netta focalizzazione operata (di recente) dalla Consulta del principio di cooperazione "sintetizzato" (insieme ad altri) nello stesso principio di laicità: così da potere visualizzare quanto rimarcato nel 2017 da Papa Francesco, e cioè che l'impegno alla collaborazione reciproca di cui all'art.1 Conc., esprime e promuove la laicità italiana⁶⁰ (in un circolo "virtuoso" ottativamente beneficiante la comunità dei *cives-fideles*). E guardando, poi, d'altra parte, alle innovazioni datesi - nel frattempo - nell'ordinamento ecclesiale, le quali, risultando atte a conferire ulteriore nitidezza alle anzidette peculiarità (della procedura *super rato*, e dell'effettiva portata delle garanzie ivi prestate), appaiono utili ad agevolare questo potenziale rinnovato "scrutinio" da parte statale.

Una disamina, questa che occupa le pagine a venire, che oltre ad essere sospinta da quella "costante tensione" che connota in generale la disciplina ecclesiasticistica (mai paga degli esiti teorici raggiunti, specie quando variano le contingenze della concreta esperienza giuridica⁶¹); viene a essere mossa, soprattutto, dalla considerazione (del dato tecnico

⁶⁰ V. *Discorso del Santo Padre Francesco*, 10 giugno 2017, cit. (v. *supra*, nota n. 4).

⁶¹ Come s'è notato in F. Di Prima, *La proficua "irrequietezza" del Diritto ecclesiastico. Primi cenni*, in G. Macrì - M. Parisi - V. Tozzi (a cura di), *Diritto e religione. L'evoluzione di un settore della scienza giuridica attraverso il confronto fra quattro libri*, Salerno 2012, p. 212.

‘cruciale’) che l’innovata (fiduciosa e dinamica) visione della “duplice sovranità”, espressa nell’art.1 dell’Accordo di Villa Madama, oltre a guardare – in partenza - con favore all’ipotesi di norme di garanzia che assicurino “un più concreto esercizio della libertà religiosa”⁶², suggerisce *anche* la disponibilità - nel tempo - delle Alte Parti a “riesaminare materie disciplinate da norme concordatarie, che abbiano assunto aspetti imprevisi dagli originari negoziatori”, e di farlo “alla luce di quella “promozione dell’uomo” e “bene del Paese”, menzionati dall’art. 1”⁶³. Talché, porre in luce i diversi aspetti che segnalano, per molti versi – come si ribadisce - l’urgenza d’un *compiuto diradamento* di quella persistente “ombra” (politico-)ideologica gravante sull’Accordo (che porta all’espunzione della previsione sulla dispensa *super rato*) significa anche, al contempo, segnalare l’urgenza (della prospettazione) d’una modificazione dello stato attuale delle cose, che si dipani lungo i canali della negoziazione bilaterale: una modificazione che, nel rendere – nel campo specifico *de quo* - ancora più concreta ed operante l’investita libertà religiosa (riconosciuta in via generale dalla Carta repubblicana), risulti atta ad implementare la descritta (*specifica*) funzionalità dell’Accordo medesimo a sovvenire (anche) alle istanze soggettive basilari dei cittadini-fedeli.

2.1 L’origine del problema: l’estensione del divorzio ai matrimoni concordatari, la ri-politicizzazione del tema (in senso opposto al verso del 1929), l’affermazione della teorica “unilateralista” del “dominio” dello Stato (mai perso) sulla regolazione del rapporto.

S’è anticipato che a monte dei fattori che conducono alla scelta drastica che si opererà nel 1984 (i.e. l’anzidetta espunzione della previsione lateranense sulla dispensa *super rato*) sta la (ricordata) decisione del Legislatore italiano del 1970, d’estendere la cessazione degli effetti civili al c.d. matrimonio concordatario; come pure s’è accennato al fatto che tale decisione è sospinta dall’adozione d’una teorica (politicamente

⁶² Cfr. P. Moneta, *Poteri dello Stato e autonomia della funzione giudiziaria ecclesiale*, in *Dir. fam.*, IV (2011), p. 1827.

⁶³ O. Fumagalli Carulli, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione (a proposito dell’art. 1 Accordo di revisione concordataria)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., gennaio 2014, p. 13.

‘salda’ ma) giuridicamente inappagante, che non rispecchia, sotto diversi profili, la realtà delle cose. Si può adesso specificare che l’adozione di questa teorica è figlia, eminentemente, della scelta ‘a monte’ operata *ex parte Status* di non accedere (nel detto frangente cruciale del ‘70) a soluzioni negoziate: come dimostra la mesta conclusione delle “conversazioni” con i vertici italiani, che la S. Sede chiede - e ottiene *in extremis*, nel 1970 (sulla scorta dell’art. 44 Conc.⁶⁴) - ma che s’arrestano a un mero scambio di note, senza l’ombra d’una (anche solo embrionale) trattativa⁶⁵. È essenzialmente per via di quella scelta, infatti, che scaturisce l’elaborazione d’una peculiare *mens legis* (a sostegno del d.d.l. divorzista) volta a interpretare in chiave “separatista” o meglio “unilateralista” (a pro dello Stato) i contenuti pattizi, e dunque – in sostanza - a contenerne la potenziale estensione pratica: un *animus*, questo, la cui affermazione non manca di avere ricadute negative nei successivi anni, sino alla sigla dell’Accordo (che, in qualche modo, vale a “indebolirne” la sorprendente “vitalità”); salvo, poi, nel tempo e sino ai giorni nostri - come si vedrà *infra* – riaffiorare (ispirando, in particolare, il riferito filone giurisprudenziale sulla delibazione “speciale” prevista dall’Accordo del 1984).

Per comprendere il senso di questa scelta infelice a monte (i.e. quella del 1970), è utile focalizzare i punti essenziali della questione. E cioè, in particolare, da una parte, l’evidenza – ben “fotografata”, con “profonda

⁶⁴ Il Concordato del 1929 reca all’art. 44 una “clausola di salvaguardia” posta per i casi dubbi a venire, che prevede per l’evenienza futura d’una “qualche difficoltà sulla interpretazione del presente Concordato”, il procedere delle Alte Parti «di comune intelligenza ad una amichevole soluzione». Si noti – anche rispetto a quanto si rileverà nella parte finale del presente lavoro - che l’Accordo che il 18 febbraio 1984 “apporta modificazioni al Concordato Lateranense” contempla all’art. 14 la seguente previsione: “Se in avvenire sorgessero difficoltà di interpretazione o di applicazione delle disposizioni precedenti, la Santa Sede e la Repubblica italiana affideranno la ricerca di un’amichevole soluzione ad una Commissione paritetica da loro nominata”.

⁶⁵ Si noti la differenza con quanto accade qualche anno più tardi, in Portogallo: dove, quasi a “premiare” la ben diversa linea “collaborativa” seguita dal Governo, nel 1974 la Santa Sede acconsente a sostituire la norma del Concordato portoghese (art. XXIV) che esclude l’applicabilità del divorzio ai matrimoni concordatari, con un’altra più tenue, di tenore persuasivo-monitorio, rivolta ai nubenti, acciocché non si avvalgano di quella “facoltà civile” (cfr. il Prot. Addiz. – siglato il 15 febbraio 1975 – al Concordato tra la S.Sede e la Repubblica Portoghese del 7 maggio 1940): una soluzione concertata, questa, che si presta a essere letta (anche) come un “messaggio” allusivo, indirizzato – in particolare - a chi quella linea sembra, nella pratica, avere abbandonato.

amarezza”, dal Papa allora regnante⁶⁶ – che la decisione di estendere il divorzio al matrimonio concordatario viola l’impegno assunto dallo Stato nel ‘29, giusta l’art. 34 Conc., di riconoscere effetti civili «*al sacramento del matrimonio [come] disciplinato dal diritto canonico*», e perciò con le sue regole e i suoi principi, a cominciare da quello “*altissimo*” dell’indissolubilità⁶⁷. Dall’altra, quanto di fallace (pervicacemente) sostenuto dall’Esecutivo, che pur di negare l’evidenza (di questo contrasto, nonché quello col pertinente precetto di cui all’art.7, II co., Cost.⁶⁸, che impone, in assenza d’una “soluzione concertata”, la strada della revisione costituzionale) – asserisce, nell’ordine: a) che la violazione sarebbe solo apparente; b) che non s’è inquadrata la “ben diversa” e (assai più) ridotta portata del medesimo art. 34 Conc.⁶⁹; c) che questa sarebbe sempre valsa solo a “unificare il rito della celebrazione”; d) che, pertanto, sarebbe sempre rimasta “intatta” la possibilità per lo Stato – colta nell’occasione - di stendere, nel proprio ordine, una

⁶⁶ *Discorso del Santo Padre Paolo VI al Sacro Collegio e alla Prelatura Romana* (22 dicembre 1970), v. in w2.vatican.va/content/paul-vi/it/speeches/1970/documents/hf_p-vi_spe_19701222_prelatura-romana.html.

⁶⁷ *Discorso del Santo Padre Paolo VI*, cit. (v. nota precedente).

⁶⁸ Come si rilevava nell’ordinanza 20 aprile 1971 del Tribunale di Siena con cui veniva sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (decisa “negativamente” e “con eccezionale rapidità” – come rileva S. Lener S.I., *Corte costituzionale, divorzio e matrimoni concordatari*, in *Civ. Cattolica*, luglio 1971 (quad. 2096), p. 158 - dalla Consulta con la “storica” sentenza n. 169/1971), “*i motivi di sospetta incostituzionalità*”, convergono [altresì] “*nel corollario della violazione dell’art. 7, comma secondo, e altresì dell’art. 138 della Costituzione da parte della norma impugnata, in quanto essa, implicando una modificazione dell’art. 34 del Concordato, non accettata dalle due parti contraenti, avrebbe richiesto l’adozione del procedimento di revisione costituzionale, previsto, in linea generale, dall’art. 138 per ogni norma della Carta e, in linea particolare, dall’art. 7, secondo comma, per qualsiasi modificazione dei Patti Lateranensi*”.

⁶⁹ Così recita la Nota governativa del 30 maggio 1970 rilasciata dal Ministro degli Interni e da quello di Grazia e Giustizia - in risposta a precedenti Note della Santa Sede (n. 5902 del 22 agosto 1966; n. 1180 del 16 febbraio 1967 e n. 735 del 30 gennaio 1970, rese nell’ottica di ossequiare la pertinente prassi tipica di ogni trattativa internazionalistica). In questa stessa Nota s’espone la tesi - che “*deve ritenersi alla base della posizione assunta dalla maggioranza della Camera dei Deputati italiana*” – e che viene a negare (nei termini che qui succintamente si riferiscono) l’incompatibilità col disposto dell’art. 34 Conc. della scelta italiana d’estendere lo scioglimento degli effetti civili ai c.d. matrimoni concordatari (il virgolettato rimanda alla relativa risposta della S.Sede, del 13 giugno 1970: v. in *Dieci documenti diplomatici sulla interpretazione dell’art. 34 del Concordato tra l’Italia e la Santa Sede*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 1970, III, p. 467).

“regolamentazione giuridica indipendente” sul vincolo, quale realtà avente in detto ordine vita propria ed autonoma⁷⁰. Il che è come dire che nella fattispecie del ‘29 in commento sarebbe stato sin da tutto principio possibile distinguere *concretamente* due insorgenti vincoli, uno dei quali rimesso – per l’appunto - alla legge civile. Rinvenendosi così, nella “immaginifica” ricostruzione governativa, l’idea di fondo che le norme concordatarie (non si sa bene in che modo) siano valse a perpetuare, nonostante tutto (e soprattutto la chiara volontà opposta delle Parti⁷¹) la

⁷⁰ Cfr. lo stringato corsivo di commento, apparso sull’*Osservatore Romano* del 20 giugno 1970, alla posizione assunta nella circostanza dal Governo (posta in luce nel documento diplomatico di cui s’è detto alla nota precedente) – che precede il testo della suindicata risposta della S.Sede del giugno 1970 (v. nota precedente).

⁷¹ Cfr. la citata Relazione del Capo del Governo (Mussolini) e del Ministro della Giustizia e degli Affari di culto (Rocco), presentata alla Camera dei Deputati (30 aprile 1929) e al Senato del Regno (16 maggio 1929), sul *Disegno di legge per la Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi, e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l’Italia, l’11 febbraio 1929*, ove è detto chiaramente che “col Concordato sottoscritto l’11 febbraio 1929, il principio della separazione fra la Chiesa e lo Stato, quale era inteso dalla vecchia dottrina liberale...viene abbandonato”. Cfr., altresì, i rilievi di G. Sale S.I., *La Chiesa di Mussolini: I rapporti tra fascismo e religione*, Rizzoli, Milano, 2011, dove nota come già prima della Conciliazione, in occasione delle vicende che quest’ultima “prepararono e indirizzarono”, l’atteggiamento della Santa Sede...fu di aperto rifiuto dell’impostazione di fondo del problema, che secondo la vecchia tradizione liberale, attribuiva soltanto allo Stato il diritto di regolamentare unilateralmente la materia di diritto ecclesiastico”. V., altresì, la notazione di O. Fumagalli Carulli, *Rilevanza della giurisdizione ecclesiastica nell’ordinamento italiano. Rapporti con la giurisdizione civile*, in A. Talamanca – M. Ventura (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Barberini*, Torino 2009, pp. 139 ss, per cui risulta agevolmente intuibile la “soddisfazione del Pontefice per l’incipit dell’art. 34, che vedeva lo Stato...respingere ogni concezione separatista” e “dare riconoscimento al Sacramento del matrimonio”. Cfr. altresì, più in generale, la notazione di G. Catalano, *I Concordati tra storia e diritto*, Soveria Mannelli 1992, p. 7, riguardo alla “singolare fioritura di concordati che caratterizza il pontificato di Pio XI”, che viene a rappresentare “uno dei sintomi più cospicui della vittoriosa resistenza opposta all’attacco laicista che, a partire dalla seconda metà dell’Ottocento aveva duramente colpito gli interessi ecclesiastici all’insegna del principio separatistico”. Come si rileva immediatamente *infra*, il vero è che – nel frangente cruciale del ‘70 in discussione - interessa poco all’Esecutivo che questi (e altri) dati (come ad es. quelli che qui si pongono appresso in evidenza) smentiscono quanto da quest’ultimo sostenuto sul punto; posto che ad animare la (ri)politicizzazione del tema *ex parte Status* – nei termini che si diranno a breve – sta la surrichiamata tendenza *ideologica* (di stampo ottocentesco), che guardando con favore all’idea di un “esclusivismo sovrano” dello Stato è condotta ad abbracciare convintamente asserti di segno “separatista” (come quelli in parola): tendenza, questa, che - nel riaffiorare ciclicamente anche ai giorni nostri, come s’è visto, ad es., in F. Di Prima, M. Dell’Oglio, *Le attività di culto nella scuola pubblica, tra laicità, «libertas Ecclesiae» e libertà religiosa collettiva*, in *Stato*,

separatezza tra i due ordinamenti tipica della stagione liberale, prevedendo che, nel caso del ‘matrimonio concordatario’, sia il diritto canonico a dettare la “regola dell’atto”, ma non anche quella del rapporto.

Sembra importare poco, al Governo, che tutto ciò non stia in piedi, anzitutto dal punto di vista storico-giuridico; posto che l’art. 34 manifesta chiaramente la “resa” di Mussolini, il quale, pur di non vedere sfumare l’obiettivo della sigla dei Patti, conoscendo la crucialità del tema⁷² (e la rivendicazione che farà la Chiesa del principio dell’esclusiva

Chiese e pluralismo confessionale (statoechiese.it), novembre 2016) – si pone in evidente contrasto, anzitutto, con le scelte di base operate dal Costituente repubblicano (e ciò in quanto, come si porrà in luce segnatamente *infra*, al cap.2.3., e come qui si può sinteticamente anticipare, da una parte, in ordine alla stessa concezione dello Stato, il Costituente attribuisce alla Repubblica un’ispirazione *pluralista* - che rigetta l’idea per cui “tutte le dimensioni del reale ricadono nella sua giurisdizione” (G. Dalla Torre, *La filosofia di un Concordato*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, I (2004), p. 89), come pure ‘*personalista*’ - che non punta più al primato statale, ma a quello della persona – ed ancora una propensione ad accettare limitazioni della sovranità “in forza di vincoli internazionali liberamente accettati”; e d’altra parte, in ordine alle dinamiche Stato/Chiesa a venire, v’è di base il chiaro ripudio – per l’appunto – del detto “esclusivismo sovrano” dello Stato, in consonanza con la visione dualistica cristiana, alla base dell’adottata formula di cui all’art. 7, I co. Cost. della Chiesa indipendente e sovrana nel suo ordine, e della logica della bilateralità; e a seguire, il rilievo “capitale” dato a questa stessa bilateralità (di rango internazionale-concordatario, con l’art. 7, II co., e a quella “analogica ma non identica” propria delle intese con le Confessioni acattoliche, di cui all’art. 8, III co. (v. F. Di Prima, M. Dell’Oglio, *Lo Stato*, cit., p. 35 ss.), (così da garantire – tra l’altro – da future inclinazioni separatiste), elevando a principio generale la regola del previo accordo, in un’ottica dialogico-cooperativa di propensione alla *deroga* a pro dello “specifico religioso”.

⁷² È Mussolini stesso, nella *Relazione* del ‘29 citata alla nota precedente, a rappresentare come nel contesto delle trattative il campo del matrimonio, al pari di quello della “pubblica istruzione” sia apparso “particolarmente delicat[o]”. Sia consentito il rimando a un precedente lavoro (F. Di Prima, M. Dell’Oglio, *L’incrinatura del principio concordatario in materia matrimoniale. Rilievi critici sulla prolungata convivenza come limite alla delibazione*, in *Norma. Quotidiano d’informazione giuridica* (norma.dbi.it), maggio 2016, p. 4 e ss.) ove già s’era notato come il tema del matrimonio “appaia in più occasioni il solo in grado di far traballare il tavolo delle trattative”, anzitutto per l’enorme peso specifico della materia, che “emerge da alcune dichiarazioni ufficioso rese, prima e dopo la sigla dei Patti lateranensi, dai principali protagonisti dell’evento. Pio XI, ad es., nel febbraio del ‘28, dice di trovare nella norma sul matrimonio “il motivo determinante per indursi ad assumere la grave responsabilità di concludere gli accordi” (Cfr. C.A. Biggini, *Storia inedita della Conciliazione*, Milano 1942, p. 188). Affermazione, questa, che trova conferma dieci mesi più tardi nell’informativa che Mussolini invia al Re, dove detta norma è presentata come “l’ostacolo più grave”, in grado di far “retrocede[re] di molto” lo Stato; ma al contempo

sua competenza sul matrimonio-sacramento⁷³) ben sapeva di dover concedere molto (più della semplice “unificazione” del rito), a partire – per l'appunto - dal riconoscimento (congruente col detto principio) dell'efficacia civile all'istituto *nella sua interezza, come canonisticamente inteso e regolato* (riservandosi la competenza solo sugli effetti *mere civiles*⁷⁴): derivandone – quanto rimarca allora F. Vassalli, già esperto di parte governativa nella Commissione mista per l'esecuzione del Concordato⁷⁵, i.e. – che lo Stato “*riconosce come marito*

come una “questione pregiudiziale e assorbente, dal cui esito dipende tutto il resto” (*ibidem*, p. 316). Quando poi il Concordato diviene realtà, con l'efficacia civile attribuita al matrimonio canonico e il riconoscimento della riserva di giurisdizione ecclesiastica (art. 34), il Pontefice, a margine di un discorso tenuto all'Università Cattolica del Sacro Cuore, non esita a dire che per approdare a tale risultato avrebbe trattato “con Belzebù in persona” (cfr. O. Giacchi, *Contro la fine dell'art.34 del Concordato*, in *Riv. Dir. Civ.*, II (1974), p. 567); e più tardi, in un chirografo del 30 maggio 1929 indirizzato al Card. Gasparri (che quei Patti negozia e sigla)”, annota che tale è il bene derivatone “alla famiglia, al popolo italiano [e] al Paese”, che solo per questo avrebbe “volentieri sacrificato” la sua stessa vita” (*Chirografo di Sua Santità Pio XI "Ci si è domandato" all'em.mo Cardinale Pietro Gasparri Segretario di Stato sulla firma dei Trattati Lateranensi* in https://w2.vatican.va/content/pius-xi/it/letters/documents/hf_p-xi_lett_19290530_domandato.html).

⁷³ Come rileva G. Dalla Torre, *Matrimonio canonico e matrimonio civile nella storia*, in AA.VV., *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, Roma 2006, pp. 11-12, posto il principio dogmatico “definito nel Concilio di Trento e riaffermato nella codificazione canonica” per cui tra i battezzati non “può sussistere un valido contratto matrimoniale che non sia per ciò stesso sacramento”, vi stanno poi altri due principi cardine, sul primo fondati, sui quali “si regge la disciplina del matrimonio in diritto canonico, e cioè l'essenzialità del consenso degli sposi, che non può essere supplito da nessuna potestà umana (come recita oggi il can. 1057, par. 1 del vigente *Codex*), e – per l'appunto - la *competenza esclusiva della Chiesa a dettarne la disciplina giuridica*” [corsivo aggiunto]. Riguardo a quest'ultimo principio, l'A. soggiunge come il matrimonio tra battezzati rientra in questa competenza esclusiva in quanto sacramento, “cioè in quanto *res spiritualis*, e come tale esorbitante dall'ordine temporale sul quale si dispiega la competenza propria dello Stato”. V. altresì sul punto, esemplificativamente, A. C. Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., pp. 9-26.

⁷⁴ Cfr. L. Spinelli, *Riflessioni sulla sentenza n. 31 del 1971 della Corte costituzionale in materia matrimoniale concordataria*, in *Il Diritto ecclesiastico*, I (1971), p. 235, come il matrimonio canonico nel '29 sia stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano “conservando le sue proprietà e i suoi caratteri di provenienza”; e che quest'accoglimento sia “senza limiti, tranne quelli tassativamente previsti dall'art. 12 della legge n. 847”.

⁷⁵ Si tratta, segnatamente, della Commissione mista di delegati della Santa Sede e del Governo Italiano per predisporre l'esecuzione del Concordato, ove per l'appunto Filippo Vassalli prende parte come esperto di parte governativa per la materia matrimoniale.

e moglie coloro che come [tali] sono riconosciuti ai termini del diritto canonico", essendo a tale diritto lasciata "...la competenza di determinare questo "stato delle persone" [...] costituito dal vincolo matrimoniale"⁷⁶. E non è tutto. Perché a questa rinuncia - a disciplinare l'atto (matrimoniale) e lo scaturente rapporto - il Regime fa qui seguire (con una logica *speculare* che il Governo italiano quarant'anni dopo mostra d'ignorare) una specifica rinuncia, non meno ragguardevole, all'esercizio della "giurisdizione" (art. 34, IV co.)⁷⁷ col riconoscimento (a pro della Chiesa) d'una apposita riserva sulle cause di nullità, che s'incentrano sul medesimo atto matrimoniale, e sui processi "*super rato*", che s'incentrano sull'insorgente rapporto⁷⁸; e con la previsione d'un mero vaglio formale (da parte del giudice italiano) affinché i relativi provvedimenti finali acquistino effetti civili.

Al Legislatore del '70, tuttavia, questa serie di evidenze, che smentiscono nettamente i suoi assunti, sembrano non interessare granché. Come pure, del resto, sembra quasi non vedere (nella sua gravità) l'improprietà tecnico-giuridica che quegli stessi assunti implicano, e cioè che sia possibile ragionare dell'indissolubilità come se si trattasse di uno degli "effetti civili" scaturenti dal matrimonio, e non quale elemento costitutivo dello stesso, com'è invece congruente rispetto alla tradizione legislativa italiana (tant'è che, ad es., il codice civile vigente nel '29, come pure quello del '42, collocano la norma sull'indissolubilità fuori dal capo che regola gli effetti civili⁷⁹), oltre che ovviamente a quella canonistica.

Il vero è che queste contraddizioni e incongruità interessano poco, perché, in singolare corrispondenza alla "politicizzazione" del Concordato operata quarant'anni prima da Mussolini, e segnatamente al suo declinarsi nella materia matrimoniale, da parte statale – come già

⁷⁶ Cfr. F. Vassalli, *Lezioni di Diritto matrimoniale*, Padova 1932, p. 112 ss.

⁷⁷ C. Cardia, *Manuale di Diritto ecclesiastico*, Bologna 1999, p. 432, rileva come nel '29 lo Stato "abdicava completamente alla propria sovranità in materia di giurisdizione sul matrimonio". Si noti come al comma 7 dell'articolo 34 si afferma che, solo per atto di concessione della Santa Sede, "si consente" che i tribunali civili giudichino le cause di separazione personale.

⁷⁸ F. Vassalli, *Lezioni di Diritto matrimoniale*, cit., p. 121.

⁷⁹ Per non dire, poi, del fatto che la legge matrimoniale (n. 847) del 1929, all'art. 7, I co., non impone al parroco di leggere detta norma (i.e. quella relativa all'indissolubilità del matrimonio) all'atto di "spiegare" quali sono gli effetti civili. Cfr. in proposito, P. Ciprotti, *Alcuni particolari aspetti delle recenti sentenze della Corte costituzionale sull'art. 34 del Concordato*, in *Il Diritto ecclesiastico*, I (1971), p. 267 ss.

anticipato - si *torna a politicizzare* il tema, *ma stavolta all'inverso*, ossia figurando, da una parte, un *recupero* – in materia - *della sovranità ex parte Status* e, dall'altra, *rifuggendo l'incontro con i Sacri Palazzi*. Un indirizzo, questo, che prende piede – in un modo o nell'altro, e non senza distinguo - per via di convergenti fattori/fenomeni che fomentano, anche nella c.d. "società civile", la "brama" di un'autonoma regolazione in materia⁸⁰: tra i quali sta l'idea-anelito di quanti vorrebbero (addirittura) abbattere il Concordato⁸¹ (in nome dell'allora fibrillante "contestazione diffusa"⁸²), e che trovano nella campagna divorzista un volano da sospingere con tutta la forza possibile, perché idonea a infrangere la "chiave di volta"⁸³ di quella stessa pattuizione, e cioè – per l'appunto - il descritto sistema matrimoniale. Il che spiega, complessivamente, perché non si hanno remore, anzitutto, a difendere un'argomentazione fallace, ma dall'alto tasso "politico"⁸⁴, come quella della 'signoria' dello Stato *mai persa* sul(la regolazione del) rapporto coniugale; a determinare, poi, in tale maniera, una serissima *impasse* nei rapporti Stato/Chiesa (che

⁸⁰ Cfr. F. Margiotta Broglio (*Il matrimonio tra Stato e Chiesa*, in *Il Ponte*, 3 (1977), pp. 262-263), dove sottolinea come nei frangenti in parola, la società civile "con la crisi del *centrismo*, dei rapporti tra area di governo e opposizione e con il, pur difficile e tortuoso, riformismo del centro-sinistra" s'apprestava a rivendicare "il diritto di regolare autonomamente" anche i casi di scioglimento dei matrimoni "celebrati con rito religioso e regolarmente trascritti". V. G. B. Varnier, *Divorzio civile*, cit., p. 1112-1113, dove nota come "la maturazione della legge introduttiva del divorzio" si sia venuta a dare in un clima "caratterizzato da una vasta partecipazione dell'opinione pubblica al dibattito legislativo e da anomali schieramenti parlamentari". Valga altresì, al riguardo, l'osservazione di A. Talamanca (richiamata dall'A., come il precedente rilievo di Margiotta Broglio), nel suo *Divorzio e matrimoni concordatari: problemi di costituzionalità* (in *Studi sul divorzio*, Padova, 1972, p. 132), per cui, analizzando l'iter parlamentare di tale legge, "non può sfuggire l'estrema difficoltà incontrata per il raggiungimento di una maggioranza divorzistica, seppure abbastanza limitata". S'era già notato, a tal proposito, in un precedente lavoro (*L'incrinatura del principio*, cit., pp. 13-14) come a condurre all'approvazione del d.d.l Fortuna-Baslini stava, tra l'altro, anche il riscontro di "debolezze (numeriche)"; di "contraddizioni presenti sul fronte opposto" a quello che sostiene con forza la campagna divorzista; di (poco convincenti) "prese di distanza governative"; di "prove di forza 'endo-partitiche', ecc."

⁸¹ O. Fumagalli Carulli, *Società civile*, cit., p. 236.

⁸² D. Saresella, *Dal Concilio alla contestazione. Riviste cattoliche negli anni del cambiamento, 1958-1968*, Brescia 2005, pp. 15 ss.

⁸³ O. Giacchi, *Contro la fine dell'art.34*, in *Rivista di Diritto civile*, II (1974), p. 567.

⁸⁴ Osserva, in proposito, G. Olivero, *In tema di revisione del Concordato*, in *Iustitia*, IV (1969), p. 289, come il "travisamento della realtà giuridica" sia tale da dimostrare "che si vuole conseguire il risultato in ogni modo", (suscitando, peraltro, il dubbio che "si possa ancora parlar seriamente di queste cose in termini di diritto").

porta a congelare le surriferite trattative per la revisione); e da ultimo, a non mostrare *effettiva* considerazione – come già nel 1929 - per le correlate istanze dei (cittadini) credenti⁸⁵ (con l’aggravante che nel frattempo il presidio costituzionale delle stesse s’è oltremodo irrobustito, e in un’evidente chiave garantista⁸⁶).

Tale è l’impeto della montante rivendicazione descritta, che si giunge, in particolare, nel testo della l.898 in parola, a realizzare un inusitato “trapianto”⁸⁷, i.e. quello che si configura con la ricomprensione, tra le cause di divorzio, di un’ipotesi d’*inconsumazione* (art. 3, n.2, lett. f) che, come esplicita la relazione allegata al d.d.l., trae spunto da quella prevista nel diritto canonico: dandosi così rilievo nell’ambito civile a un elemento - “il perfezionarsi dell’atto costitutivo mediante la *copula coniugalis*” – che “in passato era sempre stato considerato estraneo onde determinare una maggiore solidità del vincolo”⁸⁸. Il Legislatore difende l’innovazione, attribuendole il fine di “*sanare*” (quella che è ritenuta una) “*sperequazione*” insorta nel ‘29, per l’eventuale possibilità in più “offerta”, in caso d’*inconsumazione*, a chi ha contratto matrimonio concordatario (con riferimento all’eventualità della concessione d’una dispensa *super rato*, cui faccia seguito l’esecutività ai sensi dell’art. 34 Conc.). Ma l’argomento è fiacco, a dir poco, nel secondare un’accezione incongrua dell’eguaglianza, e del principio di specialità, visto che la norma pattizia, in quanto regola speciale che sovviene ad una peculiarità/*tipicità* di un ordinamento confessionale (qual è la dispensa *super rato*), non sortisce in effetti alcuna sperequazione (che si sarebbe data se il diverso trattamento fosse stato carente d’una ragionevole ed

⁸⁵ Cfr. P. Gismondi, *Il divorzio, l’art. 34 del Concordato e alcune questioni secondarie*, in *Il dir. eccl.*, 1970, p. 137 ss.

⁸⁶ P. Gismondi, *L’interesse religioso nella Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 1231 ss., dove richiama il rilievo di C. Mortati (nel suo *La comunità statale*, in *Justitia*, 1957, pp. 376 ss.), per cui il compito dello Stato [repubblicano] per la tutela delle persone “non può ritenersi soddisfatto con la semplice tutela delle libertà essenziali, esigendo altresì l’assicurazione delle sue condizioni di esistenza e di sviluppo in tutti i settori della vita associata”; e a tale richiamo fa seguire l’osservazione che “a ben ragione il legislatore costituzionale [ha] posto fra i primi settori della vita associata, le confessioni e gli aggruppamenti a finalità religiosa, attraverso la cui attività...[sono] integralmente soddisfatti gli interessi connessi con l’adesione ad una religione positiva”.

⁸⁷ Così P. A. Bonnet, *La inconsumazione*, cit., pp. 463 ss.

⁸⁸ G.B. Varnier, *Divorzio civile*, cit., p. 1112.

oggettiva ‘allegazione’⁸⁹). Mentre convince di più, per l’appunto, l’avviso che la “singolarità”⁹⁰ così introdotta - tra molte perplessità⁹¹ - sia frutto del descritto, crescente impeto “rivendicazionista”; e questo per una serie di ragioni. La prima è che questa stessa singolarità “non compare nei precedenti disegni di legge sul divorzio”⁹², ma solo in quello del giugno del ’68, che – rispetto agli altri - prende a guadagnare titoli insolitamente “baldanzosi” nella pubblicistica d’area laica⁹³. La seconda è che anche qui non affiorano remore nell’approdare a figurazioni giuridicamente inappaganti: vuoi nell’introdurre, “con tutt’altro

⁸⁹ L’approccio del Legislatore, nel caso, sembra coincidere con quello che, come rilevato da O. Fumagalli Carulli, *Giurisdizione ecclesiastica e Corte costituzionale*, in R. Botta (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Napoli 2006, p. 186, è possibile rinvenire in taluni “approdi giurisprudenziali”, che dicono di una vera e propria “lotta ingaggiata dalla giurisdizione civile contro l’automatismo dell’efficacia nell’ordine italiano di provvedimenti ecclesiastici”, riguardo alla materia matrimoniale: dove – per l’appunto - “l’argomentazione prevalente” è “il rispetto del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), scosso a parere dei sostenitori di questo indirizzo, dal fatto che i cittadini italiani siano sottoposti a un regime diverso, a seconda che contraggano matrimonio concordatario o matrimonio civile”. Ma questa, come sottolinea l’A., è “un’interpretazione debole, poiché il principio di eguaglianza significa «dare a ciascuno il suo», non «a tutti l’eguale», come già la dottrina liberale di Francesco Ruffini aveva lucidamente teorizzato e come anche la Corte costituzionale avrebbe poi precisato, per giunta in tempi inclini al ridimensionamento della efficacia civile del sistema concordatario”. Si consideri, poi, quanto, tra gli anni ’60 e i ’70 viene focalizzato al riguardo dalla Consulta, rilevando dapprima che un ordinamento che “*non distingue situazione da situazione e tutte ... le consideri allo stesso modo non è nemmeno pensabile*”(Corte cost., sent. n. 64 del 1961); e più tardi che la differenziazione come pure la disparità di trattamento sono ammissibili, quando basate su presupposti logici e obiettivi “*che ne giustificano razionalmente l’adozione*” (Corte cost., sent. 201 del 1974). Sul punto, cfr. S. Bordonali, *L’incidenza del fatto religioso*, cit., p. 719; A. Celotto, *Art. 3, 1 co., Cost.*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 70.

⁹⁰ M. Tedeschi, *Sugli effetti civili della dispensa “super rato e non consummato” nell’ordinamento italiano*, in Id., *Scritti di diritto ecclesiastico*, Milano 2000, p. 302.

⁹¹ Cfr., esemplificativamente G. B. Varnier, op. ult. cit., p. 1112 e ss. Particolarmente critiche appaiono le annotazioni di R. Baccari, *Il matrimonio nel diritto canonico rinnovato dal nuovo Codex Iuris Canonici e nella legislazione concordataria alterata dalla giurisprudenza costituzionale*, Bari 1983 p. 131, il quale arriva a scorgervi una “parodia laica” della fattispecie canonica.

⁹² Cfr., al riguardo, C. Mirabelli, *Inconsumazione del matrimonio e divorzio*, in *Studi sul divorzio*, cit., pp. 287 ss.

⁹³ Si tratta della proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati dall’On. Fortuna (e altri) il 5 giugno 1968. Quanto al riferimento sulla pubblicistica, si può ricordare l’esemplificativo titolo d’un articolo di S. Viola, “*Via libera al divorzio*”, che appare nel n. 25 del 23 giugno 1968 de *L’Espresso*.

significato”, un concetto “in concorrenza con il diritto canonico, in una corsa verso forme di giurisdizionalismo”⁹⁴; vuoi nel rischiare d’ingenerare un singolare “concorso di competenze” in violazione del IV co. dell’art. 34 Conc. (ossia della summentovata riserva di giurisdizione, che agli occhi di chi “relativizza” le differenze - pur considerevoli - tra lo schema d’inconsumazione civilistico e quello canonistico, può apparire sotto alcuni aspetti violata⁹⁵).

Ma la ragione più convincente è un’altra ancora. E cioè che dietro il declamato obiettivo “egualitarista”, - come s’è detto, giuridicamente “precario” – stia in verità l’intento di lanciare una doppia “sfida” ai Sacri Palazzi: una – alla luce del sole - che sta nell’offrire una riprova lampante della forza politica dei propri assunti, ancorché tecnicamente claudicanti, sulla predetta ‘signoria’ dello Stato (sulla regolazione del rapporto), accludendo nello schema (in costruzione, della legge divorzista) un elemento (l’inconsumazione) che “non aveva mai avuto diretta rilevanza giuridica nell’ordinamento statuale”⁹⁶, vieppiù “rifacendosi” alla “omonima” fattispecie canonica”⁹⁷; e una seconda – ben più insidiosa e “sotterranea” – consistente nel suggerire, proprio con quel richiamo, che nella “logica” di quegli assunti – per cui il vincolo

⁹⁴ R. Baccari, *L’inefficacia civile della dispensa da matrimonio rato e non consumato*, in *Il dir. eccl.*, 1982, p. 354.

⁹⁵ F. Finocchiaro, *Matrimonio concordatario (voce)*, (in *Enc. Dir.*, vol. XXV, 1975), ripubblicato in A. Albisetti (a cura di), *Saggi (1973-1978)*, Milano 2008, pp. 307-308. Si veda, poi, quanto rilevato (sempre a metà degli anni ’70) da F. Falchi, *Riflessioni sulla rilevanza dell’inconsumazione nella dispensa dal matrimonio rato e non consumato e nel divorzio*, in AA.VV., *Studi in onore di P. A. D’Avack*, vol. II, Milano 1976, p. 89, nota n. 109, e cioè che, una volta che sia stata percorsa la via giudiziaria (in parola) prevista dalla l. n. 898 del 1970, per quanti “ritengono che il giudicato civile preclude il riconoscimento di effetti civili alla dispensa dal matrimonio rato e non consumato, si potrebbe...profilare un problema di legittimità costituzionale”: e ciò in quanto “la previsione dell’inconsumazione, quale causa di cessazione degli effetti civili del matrimonio canonico trascritto avrebbe provocato, nell’ipotesi considerata, l’inapplicabilità dell’art. 34 comma 4 del Concordato” e perciò “vi sarebbe da domandarsi se il combinato disposto dagli art. 2 e 3 lett. f della legge n. 898 del 1970 in relazione al combinato disposto degli art. 7 della Costituzione e 34 comma 4 del Concordato non sia da considerare incostituzionale nella misura in cui rende inapplicabile l’art. 34 comma 4”.

⁹⁶ C. Mirabelli, *Divorzio (voce)*, in *Enc. It.*, IV appendice, 1978 (v. in treccani.it/enciclopedia/divorzio_res-6384a7fo-87e9-11dc-8e9d-0016357eee51_%28Enciclopedia-Italiana%29/).

⁹⁷ P. A. Bonnet, *La inconsumazione*, cit., p. 491.

coniugale *vive comunque in soggezione alle sole regole statali* – mentre è coerente uno scioglimento dato in forza d'una norma unilaterale dello Stato, lo è meno (o addirittura non lo è affatto) quello risultante dall'applicazione d'un meccanismo normativo pattizio dante rilievo a regole canonistiche, figurando – in quell'ottica – un'anomalia tollerabile a fatica.

2.2. (segue) L'incidenza di questi condizionamenti politico-ideologici sui negoziati per la revisione del Concordato e sull'intervento della Consulta (sent. 18/1982): l'avallo di quest'ultima alla teorica del (pre)dominio statale sulla sfera del rapporto; il (conseguente) vaglio in senso formalistico sulla procedura "super rato"; l'approdo all'avviso di un'insufficiente garanzia di tutela giurisdizionale (ivi prestata).

Da lì in poi, sino al 1982, a decidere sulla risposta da dare a queste (e altre) sfide lanciate da questo (variegato) schieramento d'indole "rivendicazionista", è il Giudice costituzionale: il quale non appare affatto ignorarne l'impeto (specie più tardi, appresso agli inequivocabili esiti del referendum sulla legge divorzista), ed anzi, ne tiene certamente conto, mentre in quegli anni viene a calibrare il grado d'apertura (dell'Ordine statale) all'Ordine della Chiesa. Ne derivano, così, pronunciamenti essenzialmente di compromesso⁹⁸, ma che finiscono, in un modo o nell'altro, per asseverare alcuni degli assunti "unilateralisti" sostenuti quel fronte: e in particolare – come qui interessa porre in luce – l'appena accennata visione, prospetticamente "sfalsata", e giuridicamente inappagante, della riconoscibilità (civile) della dispensa pontificia in parola come un'"anomalia" del sistema matrimoniale concordatario.

Il ruolo giocato al riguardo dalla Consulta, può *prima facie* lasciare a tratti perplessi; ma non bisogna dimenticare che tanto lo storico "verdetto" che apre il decennio, quello del '71 sulla legge divorzile, quanto quello che lo chiude, nel 1982, con la sentenza n. 18 (che prelude alla modifica del detto sistema matrimoniale), sono tra i più delicati di tutta la sua storia: ed in siffatti frangenti, appare naturale che la Corte

⁹⁸ L. Spinelli, *Riflessioni sulla sentenza n. 31 del 1971 della Corte costituzionale in materia matrimoniale concordataria*, in *Il dir. eccl.*, I (1971), p. 245.

dia *particolare* seguito alla sua indole caratteristica, ossia a quel muoversi perennemente sospesa tra la sua vocazione giurisdizionale e la sua vocazione politica⁹⁹. Ed è secondando quest'ultima, in particolare, che giunge – pur se a fatica, e appresso a una drammatica votazione, decisa all'ultimo voto¹⁰⁰ - ad avallare (con la citata sent. 169/1971) gli asserti governativi suffraganti la legge n.898, e in particolare, l'indicata (incongruente) idea della “separatezza di fondo” dei due ordinamenti *nonostante* il Concordato, che assevera la tesi dell'integrale competenza statale sul vincolo, quand'anche sorto da un matrimonio canonico trascritto. Avesse secondato l'altra (vocazione), infatti, difficilmente la Corte avrebbe potuto ‘glissare’ sulla inconsistenza di quegli asserti, e sulla violazione costituzionale e l'illecito internazionale effettivamente determinatisi (stante la modifica operata con una legge ordinaria statale, in spregio dell'architettura della bilateralità posta dal Costituente repubblicano, dell'impegno assunto in sede concordataria¹⁰¹: far conseguire effetti civili a un matrimonio che è indissolubile, giacché ‘disciplinato dal diritto canonico’).

È anche vero, tuttavia, che – al contempo - proprio perché ha la meglio l'ispirazione “politica”, la Consulta evita per il momento (in quest'occasione, e nella successiva, due anni più tardi, v. sent. 176/1973) di “pronunciarsi” riguardo alle norme che riconoscono efficacia civile alla dispensa *super rato*. E ciò, non perché – come pure si dice all'epoca –l'annoveramento nel '70 dell'inconsumazione tra le cause di divorzio fa venire meno un “trattamento dispari” derivante da “un motivo di religione”¹⁰² (posto che, come s'è accennato¹⁰³, quel “problema” è in effetti insussistente, una volta rettamente inquadrato); quanto piuttosto per via del “calcolo di prudente gestione” che la Corte fa dell'altissimo

⁹⁹ E. Cheli, *Introduzione*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982, p. 11.

¹⁰⁰ Cfr., in proposito, l'articolo (a firma di M. Lambertini) eloquentemente intitolato “*Frattura sul divorzio nella Corte costituzionale*” apparso sul quotidiano *Il Tempo* del 30 giugno 1971, all'indomani della decisione in commento.

¹⁰¹ G. Dalla Torre, *Il sistema di accordi con la Chiesa cattolica e l'incidenza delle fonti unilaterali statali*, in R. Coppola - C. Ventrella (a cura di), *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive. Atti del I Convegno Nazionale di Studi dell'A.D.E.C.*, Bari, 2012, p. 59, il quale rimarca l'ulteriore gravità del fatto che la modifica in questione opera anche “retroattivamente”.

¹⁰² Cfr. G.B. Varnier, op. ult. cit., p. 1114.

¹⁰³ V. *supra*, par. 2.1.

potere affidatole, rispetto a una situazione in cui “è in gioco la validità di norme promananti da accordi *inter potestates*”¹⁰⁴: posto il chiarimento, già offerto dalla Corte nello stesso anno, con un altro epocale pronunciamento (n. 30/1971), che quelle stesse norme, pur fruendo della copertura costituzionale di cui all’art. 7 Cost., non possono negare i “principi supremi” dell’ordinamento¹⁰⁵, risultando così esposte anch’esse, ancorché in quest’ultima limitata ipotesi (dai contorni, peraltro, nemmeno abbozzati¹⁰⁶) all’ipotesi di pronunciati ‘ablatori’ della Consulta. Da qui, la scelta prudenziale di quest’ultima, di soprassedere sul vaglio sulle predette norme pattizie (con la specifica riserva ivi prevista riguardo alla competenza dei dicasteri ecclesiastici sui procedimenti *super rato*, e la contemplata attribuzione di effetti civili ai relativi provvedimenti), con un approccio cauto, assistito – da una parte - dalla consapevolezza ‘tecnica’, che, laddove per avventura il detto vaglio si concludesse con l’adozione d’una pronuncia ablatoria del tipo anzidetto, i (relativi) “vuoti” (normativi) che si determinerebbero implicherebbero (la necessità di nuove) trattative *ad hoc* tra l’Italia e la Santa Sede; e - dall’altra - dalla consapevolezza ‘pratica’ che - come s’è anticipato – il momento non è dei più opportuni, in ragione dell’*impasse* determinatasi in quei rapporti (di vertice) a fronte del clima “plumbeo” che si respira in quegli ambiti (già per le vicende inerenti alla legge

¹⁰⁴ F. Finocchiaro, *Matrimonio concordatario, giurisdizione ecclesiastica e divorzio civile davanti alla Corte costituzionale*, in *Studi in onore di P.A. D’Avack*, cit., p. 434.

¹⁰⁵ Rileva P. Gismondi, *I principi della recente giurisprudenza della Corte costituzionale sui matrimoni concordatari*, in *Il dir. eccl.*, I (1971), p. 204, come la Corte – con la sentenza n.30/1971 – venga a fare sua la tesi che le norme concordatarie vantano “una robustezza pari alle leggi costituzionali, nel senso che il legislatore ordinario non le può disattendere nell’ipotesi che contrastino con singole disposizioni contenute nella Costituzione, a meno che non si tratti (e questo è il criterio innovativo proclamato dalla Corte) dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale”. V. altresì l’osservazione di F. Margiotta Broglio, *Costituzione e revisione dei Patti Lateranensi*, in *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano. Actas del simposio celebrado en Barcelona los días 29 de febrero y 1 de marzo de 1980*, Barcelona, 1980, p. 31, per cui la Consulta ha “palesamente assunto” tali “principi supremi” come “parametro per valutare la legittimità delle norme di derivazione concordataria...senza peraltro definir[li], e quindi lasciando a se stessa una amplissima discrezionalità in ordine alla identificazione di detti principi, alla loro interpretazione e a quella delle norme derivanti dagli accordi del ‘29”.

¹⁰⁶ Cfr. C. Mirabelli, *Diritto ecclesiastico e “principi supremi dell’ordinamento costituzionale” nella giurisprudenza della Corte. Spunti critici*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, cit., p. 390.

divorzile, ma anche per l'emergere di iniziative di rottura, d'ispirazione separatista – come quella della p.d.l. costituzionale dell'On. Basso – che puntano a ripudiare la via della coordinazione Stato/Confessioni delineata nella Carta¹⁰⁷).

Non a caso, rispetto a quanto appena detto, l'atteggiamento della Consulta prende a mutare all'indomani dell'ottobre del 1976, quando riprendono i negoziati per la revisione del Concordato. Già nei primi giorni del successivo anno infatti, la Consulta, pur mostrando di volere “restare alla finestra”¹⁰⁸ riguardo al tema della “giurisdizione ecclesiastica” sul matrimonio, (v. la sent. n.1/1977) – ossia di non “interloquire” in quel ritrovato dialogo apicale¹⁰⁹ - tuttavia sembra volere lo stesso fornire un'indicazione, ancorché obliqua (ord. n. 2/1977¹¹⁰) sul punto qui in analisi, facendo desumere un presumibile favore per la summenzionata “tesi dell'anomalia” della specifica “riserva” in commento, quella cioè (prevista dall'art.34 Conc.) concernente le procedure *super rato*; esimendosi, ma solo per ragioni “procedurali”, dal pronunciarsi su un dubbio di costituzionalità che solleva il tema dell'esclusione “*nella materia così regolata [della]...garanzia della tutela giurisdizionale di diritti soggettivi e l'esercizio della difesa*

¹⁰⁷ La proposta di legge costituzionale in parola (Atti parlamentari, 23 febbraio 1972, n. 4033) muove – in particolare - dalla fallace considerazione per cui l'art. 7 Cost. sarebbe incoerente con “i principi di laicità dello Stato, di libertà religiosa, di eguaglianza tra i cittadini”, giacché posto a garanzia del Concordato e dell'istituto concordatario, inquadrato con scarsa lungimiranza, e con una prospettiva di retroguardia - come “relietto del passato, arcaico e ingombrante” di cui è bene auspicare la scomparsa (v. S. Bordonali, *Problemi di dinamica concordataria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* (statoecliese.it), giugno 2010, p. 10). Quel che rileva è che per quanto la proposta non trovi attecchimento, tuttavia essa desta un grande interesse (cfr. S. Bordonali, *Problemi*, cit., p. 10); di cui è prova, ad es., l'“importante congresso sulla revisione del Concordato” in quell'anno organizzato presso l'Università di Siena, come scrive F. Margiotta Broglio, *Lo scenario politico e culturale della Revisione*, in A. G. Chizzoniti (a cura di), *Agostino Casaroli: lo sguardo lungo della Chiesa*, Milano, 2015, p. 93). Più in generale, non mancano annotazioni dottrinali che scorgono nell'iniziativa in commento un segno delle polarizzazioni che condizionano il Paese, che paiono rievocare i tempi dei Guelfi e dei Ghibellini (così, O. Fumagalli Carulli, *Società civile*, cit., p. 19).

¹⁰⁸ A. Lener, *Fuga della Corte costituzionale di fronte al matrimonio concordatario*, in *Foro it.*, I (1977), col. 6.

¹⁰⁹ F. Finocchiaro, *Crisi della giurisdizione ecclesiastica sul matrimonio* (originariamente pubblicato ne *Il Ponte*, III (1977), pp. 310-317, ora anche) in Id., *Saggi (1973-1978)*, cit., p. 704.

¹¹⁰ Corte cost., ordinanza 5 gennaio 1977, n. 2.

secondo i principi dell'ordinamento statale"¹¹¹. E questo pur se nel frattempo, dai negoziati, non pervengono – sul punto – segnali di discontinuità col passato, contemplando ancora i “progetti” di revisione (il riconoscimento della dispensa *super rato*: cosa che porta in dottrina (ad es.) a ritenere *indubitabile* che quest'ultima, al netto delle sue pur evidenti peculiarità (rispetto al punto della sua natura amministrativa), sia considerata “*al di fuori*” del contrasto col “*principio sancito dall'art. 24 Cost.*”¹¹².

Eppure, a tal proposito, non è improbabile che dietro il suddetto contegno tenuto dalla Consulta stia – anche – la contezza di quanto nel frattempo già si profila rispetto alla materia matrimoniale – per l'appunto - nei negoziati in parola, dove, non sorprendentemente, emergono le tensioni/contraddizioni scaturenti dall'inverarsi del detto *trend* politicizzante, e della sua spinta al “recupero della sovranità”.

Bisogna tenere presente, al riguardo, l'incidenza della scelta, operata dal Governo in carica, di seguire la strada della “parlamentarizzazione” delle trattative (che ne depotenzia il carattere diplomatico¹¹³, e all'inverso ne amplifica la “permeabilità”, come minimo, a prese di posizioni e incontri/scontri parlamentari, partitici, ecc.): con il dato rilevante, peraltro, che le Camere appaiono da subito convincersi di “avere titolo a intervenire non solo sui principi o criteri dell'eventuale accordo di revisione, ma [anche] sui suoi contenuti specifici”¹¹⁴, esprimendosi così in esse posizioni anche massimaliste, che si spingono sino a vagheggiare

¹¹¹ Osserva sul punto P. Moneta, *Ritorna il riconoscimento civile dello scioglimento canonico del matrimonio non consumato?*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, III (1997), p. 970, come nel caso in parola (v. ordinanza del 5 gennaio 1977 n. 2) l'eccezione non [sia] stata presa in considerazione, ma soltanto per motivi procedurali: rinvenendo nel “fatto che la Corte avesse disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo*, perché provvedesse a dare un'adeguata motivazione sulla rilevanza della questione sollevata”, uno spiraglio che “lasciava intravedere un orientamento sostanzialmente favorevole all'accoglimento di essa”.

¹¹² Cfr. O. Fumagalli Carulli, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Il dir. eccl.*, 1977, p. 249.

¹¹³ Così C. Cardia, Casaroli, Berlinguer, *la riforma del Concordato*, in A. G. Chizzoniti (a cura di), *Agostino Casaroli: lo sguardo lungo della Chiesa*, cit., p. 118.

¹¹⁴ L. Guerzoni, *Intervento nella tavola rotonda “L'indirizzo politico-parlamentare e la disciplina pattizia della materia matrimoniale”*, in seno al Convegno “*La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama* (10-12 ottobre 1985), i cui atti hanno trovato pubblicazione nell'omonimo volume curato da E. Vitali e G. Casuscelli, Milano, 1988, p. 362.

l'abolizione del matrimonio concordatario¹¹⁵. Così che diventa tutt'altro che "semplice", in quei frangenti, focalizzare – nella materia *de qua* - i singoli punti delle pattuizioni che possono dirsi davvero "fermi", dovendosi tenere conto delle reazioni della Controparte, e delle sue valutazioni d'opportunità, che possono portare, alla luce dell'andazzo tutt'altro che rassicurante, a "sacrifici" altrimenti impensabili, fatti per mitigare l'ulteriore acuirsi del predetto *trend*.

L'esempio calzante in tale ultimo senso è dato proprio dalla previsione sul riconoscimento civile dei provvedimenti di dispensa *super rato*. Questa, infatti – come anticipato - ricorre "costante" nelle prime tre bozze di revisione, stese tra il 1976 e il 1978¹¹⁶; e nell'avviso dei più ricorrerà anche nelle bozze a venire, non risultando "prevedibile una rinuncia da parte vaticana"¹¹⁷. Ciò nonostante, dalla quarta bozza in poi, in effetti, la previsione scompare, senza più fare ritorno.

Tuttavia, tale "sparizione" – come anticipato *supra* - appare tutt'altro che inspiegabile. Basta considerare, al riguardo, la "coincidenza", ad es., che dalla stessa bozza, al contempo, viene altresì espunta una disposizione che aveva ingenerato serie trepidazioni nella Santa Sede, come quella (sulla delibazione) che sottoponeva le sentenze ecclesiastiche a "condizioni identiche a quelle previste per le sentenze straniere, compreso il riesame del merito"; sostituita da lì in poi da formule meno irrispettose della specialità dell'ordinamento canonico, e soprattutto che non mirano, come la precedente, ad aprire "la via all'alternatività tra giurisdizione ecclesiastica e giurisdizione civile", col conseguente "smantellamento" del principio cardine - da difendere invece "ad ogni costo" - della riserva di giurisdizione ecclesiale¹¹⁸. Naturalmente, è assai improbabile si tratti d'una coincidenza; come lo stesso è a dirsi – sempre tenendo presente l'importanza che ha per la Chiesa il punto della riserva – per il fatto che proprio a partire da questa stessa bozza non si parla più del riconoscimento di 'matrimoni celebrati' secondo le norme del diritto canonico, ma di '*matrimoni contratti*' (secondo dette norme), con una dizione che rimarca, assai più della

¹¹⁵ O. Fumagalli Carulli, *Intervento*, *ivi* (v. nota precedente), p. 325.

¹¹⁶ Cfr. O. Fumagalli Carulli, *Sentenze ecclesiastiche*, cit., p. 249.

¹¹⁷ Così – esemplificativamente - A. Lener, op. ult. cit., col. 7.

¹¹⁸ I virgolettati rimandano al lavoro di O. Fumagalli Carulli, *Matrimonio ed enti*, cit., p. 28.

precedente, la logicità “tecnica” d’una giurisdizione esclusivamente ecclesiastica (chiamata a decidere anzitutto della *validità* di quegli stessi matrimoni). Quel che sembra accadere, insomma, in questo fatidico passaggio, è che la Santa Sede, una volta riscontrato il tasso particolarmente elevato di “politicità” (e “polemicità”) che accompagna le trattative nella materia del matrimonio¹¹⁹ (ove appare prendere forza, anziché mitigarsi, l’indicato *animus* “rivendicazionista” che ha condotto alla legge divorzile e al susseguente avallo della Consulta prima e dopo il referendum); e (una volta) annotata la conseguenza (potenzialmente devastante di ciò, e cioè) che il variegato fronte “trascinato” da questo stesso *animus* pare non contentarsi più d’affermare l’anzidetta teorica del “dominio statale” sul rapporto (puntando invece a lasciare aperta la strada per una capziosa “usurpazione” - altresì - della sfera dell’atto, attraverso il meccanismo delibatorio); a fronte di tutto ciò, per l’appunto, opti ‘obtorto collo’ - al fine di bloccare questa pericolosa deriva, e a fronte dell’immaginabile impegno di controparte a recedere sulle posizioni più rigide sin lì assunte¹²⁰ - per lasciare cadere l’unica previsione che evidenzia la fragilità di quella stessa teorica (disponendo il riconoscimento di un’ipotesi di *scioglimento del rapporto, prevista dal diritto canonico*): e cioè, per l’appunto, la previsione del ‘29 che contempla l’esecutività della dispensa ‘*super rato*’, ideologicamente

¹¹⁹ Cfr. quanto rilevato *supra* (nota n. 58) da G. Dalla Torre, *A vent’anni dalla revisione del Concordato*, cit., p. 160. Analogamente, C. Cardia, op. ult. cit., p. 119.

¹²⁰ Si noti il rilievo di F. Margiotta Broglio, *Costituzione e revisione dei Patti Lateranensi*, cit., p. 33, lì dove rispetto alla “quarta bozza” di revisione in commento si registra (quello che l’A. inquadra come) “un notevole passo indietro” [ex parte *Status*] su una serie di punti essenziali”. Ma si notino anche i susseguenti rilievi, che dicono della persistente difficoltà dei negoziati, e di un particolare effetto positivo riscontrato – sul punto cruciale della persistenza della “riserva di giurisdizione” - da parte della Santa Sede solo nelle ultime fasi degli stessi: da una parte, infatti, O. Fumagalli Carulli, *Matrimonio ed enti*, cit., p. 29, sottolinea come la quarta bozza presenti una previsione (quella “per cui la giurisdizione ecclesiastica [è] competente solo quando «non è pendente davanti a un giudice italiano un giudizio per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, istituito prima dell’emanazione della sentenza canonica di ultimo grado») che “finisce per aprire uno spiraglio verso [il paventato] abbandono della riserva di giurisdizione”; dall’altra, S. Gherro, *L’Accordo di modificazione e il matrimonio concordatario*, in G. Dalla Torre (a cura di), *La revisione del Concordato*, Città del Vaticano 1985, cit., p. 128, annota come, alla fine, nell’Accordo di Villa Madama “non sia stata recepita l’impostazione rivoluzionaria” prospettata in materia “nella quarta e quinta bozza”, laddove si figurava la “cancellazione della riserva di giurisdizione dei Tribunali Ecclesiastici prevista dai Patti Lateranensi”.

inquadrata nella prospettiva di quella teorica come un'anomalia/alterazione difficilmente sopportabile; e nell'ottica dei più radicali, che tale prospettiva assumono fino in fondo, come un'inammissibile "invasione di campo" *tout court*.

Questo passaggio appare profilarsi fondamentale, rispetto alla decisione della Consulta d'interrompere il surriferito "contegno inerziale" – per così dire – cautelativamente auto-impostosi. Quest'ultima, infatti, una volta appurato che i negoziati sembrano potere avviarsi a conclusione, e – soprattutto – che i relativi sviluppi confermano, a grandi linee, la tenuta dell'appena descritto 'assetto' (faticosamente) raggiunto nella materia (processual-)matrimoniale¹²¹, emana nel 1982 la sentenza n.18 che appare tenere presente – sotto diversi aspetti – proprio questo stesso 'assetto'¹²²: riproducendone, dunque, inevitabilmente, i condizionamenti ideologici che esso riflette, quale strutturazione "necessitata", dolorosa e inappagante ma servente all'imperante *Zeitgeist* politico-giuridico a tendenza unilateralista¹²³, il quale ammette il riconoscimento del matrimonio canonico e della giurisdizione ecclesiastica in via esclusiva, ancorché a fatica, quale compromesso 'tollerabile' (tant'è che la bozza in parola su quest'ultimo aspetto apre ancora a esegesi contrarie¹²⁴) ma dà per scontato che quel che segue nell'ordine temporale, ossia il rapporto, non possa che essere soggetto all'autonoma competenza dello Stato, anche nei profili "giurisdizionali". Affermando, così, con una "decisione a due facce"¹²⁵, e con un curioso procedere "a zig zag"¹²⁶, che la "riserva

¹²¹ Si noti, al riguardo, anche quanto posto in luce da F. Margiotta Broglio, *Dalla questione romana al superamento dei Patti lateranensi. Profili dei rapporti tra Stato e Chiesa in Italia*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri (a cura di), *La revisione del Concordato. Un accordo di libertà*, Roma 1986, p. 47, e cioè come la cosiddetta "terza bozza" sia "l'ultima ad essere sottoposta al vaglio del Parlamento fino al gennaio del 1984" (quando l'Accordo di revisione è ormai alle porte, addivenendo le Parti alla sigla il successivo 18 febbraio).

¹²² Sulla circostanza che la Consulta s'ispiri nell'occasione alla quarta bozza, v. esemplificativamente P. Gismondi, *Il matrimonio e il Concordato*, in *Il dir. eccl.*, 1982, IV, p. 451.

¹²³ P. Gismondi, *Il matrimonio*, cit., p. 450, nota come la sentenza n. 18/1982 costituisca "un segnale [del] ritorno a un sistema di relazioni Stato/Chiesa ispirato al principio dell'unilateralità".

¹²⁴ V. *supra*, nota n.119, sulla differenza che intercorre, sul punto, tra il testo della quarta bozza, e quello definitivo.

¹²⁵ Come annotato, all'epoca, sul quotidiano *Il Tempo* da C. Mirabelli (8 novembre 1982): ne dà conto, tra gli altri, S. Lener, *Incidenza delle sentenze 16-18/1982 della*

alla giurisdizione ecclesiastica delle cause di nullità”, giacché “funzionalmente” connessa alla disciplina del “*negozio matrimoniale canonico*”, non lede il “*principio supremo del diritto alla tutela giurisdizionale*”; che, vieppiù gli investiti “*organi e procedimenti ecclesiastici*” hanno una patente “*natura giurisdizionale... suffragata da una tradizione plurisecolare*”; e che le “*difformità*” che si possono riscontrare in tale “*tradizione*”, peraltro “*attenuate*” dalle direttrici conciliari, “*traggono per lo più....ragion d'essere dalle stesse finalità spirituali cui è preordinato l'ordinamento della Chiesa*”: senza, però, poi seguire il fluire logico di queste affermazioni, e dunque tacendo sul fatto (lampante) che quella stessa tradizione plurisecolare (oltre a concernere i processi di nullità) si arricchisce *anche* [tra l'altro] della peculiarità della procedura *super rato*; e che le caratteristiche “uniche” di quest'ultima (come detto, “sostanzialmente di natura amministrativa”, ma recante garanzie di tipo processual-giudiziario¹²⁷) ne fanno – per apparente paradosso – un paradigma delle “difformità” poste in luce dalla stessa Consulta ricollegabili, per l'appunto, alle “finalità spirituali” dell'altro Ordine. Invece, la Corte – tacendo su tutto questo - seguita a porre il *focus* sui processi di nullità, passando a delineare i correttivi che vanno apportati al procedimento di delibazione delle (relative) sentenze onde potersi dare un meccanismo “costituzionalmente congruente”. E solo una volta delineati questi correttivi -quasi in chiusura di sentenza - la Consulta focalizza infine il tema del riconoscimento dei provvedimenti di dispensa in parola, affermando – in sostanza - che il riconoscimento di ipotesi di scioglimento previste dal diritto canonico verrebbe ad alterare, a monte, il sistema di ripartizione delle competenze inquadrato dalla Consulta nel '71 (“concernendo la dispensa pontificia “*il rapporto matrimoniale*”, laddove è allo Stato che appartiene – *rectius, deve appartenere* la disciplina del vincolo); e che, a valle, è comunque inquadrabile, nell'avviso della Consulta, la problematicità che la (relativa) normativa canonica, a suo avviso, non verrebbe a garantire il “principio supremo” del diritto alla tutela giurisdizionale, e ciò nemmeno

Corte costituzionale sulla esecutorietà delle decisioni dei Tribunali Ecclesiastici, in *Il Foro It.*, 1983, col. 923.

¹²⁶ C. Cardia, *La riforma del 'matrimonio concordatario' dopo le sentenze n.16 e n.18 della Corte Costituzionale*, in *Il dir. eccl.*, 1982, p. 390.

¹²⁷ P. Moneta, *La giustizia nella Chiesa*, cit., p. 155.

considerando quest'ultima *“nel suo nucleo più ristretto ed essenziale”*: e ciò perché lo *“svolgimento”* e la *“conclusione”* di tali procedure vanno a *“collocarsi nell'ambito della discrezionalità amministrativa”* (senza che si dia la garanzia di *“un giudice e un giudizio in senso proprio”*).

Nella *“nettezza”* di questi rilievi riecheggia – chiudendosi il cerchio – il (riferito) *leitmotiv* ideologico di stampo *“statalista”*¹²⁸ avallato dalla Consulta stessa, con la pronuncia del '71 sulla legge divorzile: secondando un'analogia vocazione *“politica”*, infatti, anche qui la Consulta non esita a stendere rilievi tanto perentori, quanto nient'affatto troncanti, pur di suffragare la teorica che vede *appartenere esclusivamente* allo Stato la *“disciplina del vincolo”*, che in questa sentenza sembra assumere le fattezze di un'inusitata (specie di) *“riserva di giurisdizione”* – quasi in contro-bilanciamento a quella ecclesiastica - che non ammette (*rectius*, non può ammettere) competenze *“estranee”*, relativamente allo scioglimento: con la controprova, a tale ultimo proposito, che pur di raggiungere quest'obiettivo, la Corte sembra dimenticare (quel che non dovrebbe *anche secondando questo ruolo d'“attore politico”*¹²⁹, e cioè) che *una legge dello Stato* *“aveva tenuto presente come modello proprio quella fattispecie alla quale ora si negava valore in sede civile”*¹³⁰ (con chiaro riferimento al surriferito *“divorzio per inconsumazione”* introdotto con l'art.3, n.2, lett. *f* della l.898/1970). Alla luce di ciò, appare comprensibile (il fatto) che la Corte, nel sostenere la contrarietà all'attribuzione di effetti civili ai provvedimenti pontifici in commento, trascuri diversi elementi in punto di diritto, che – stando diversamente le cose, ossia in tutt'altro contesto politico-giuridico - avrebbero probabilmente condotto ad altro esito: e in particolare, anzitutto quello dalla stessa (non senza una palese contraddizione) evocato, e cioè, per l'appunto, la presenza di garanzie (di tipo processual-

¹²⁸ R. Coppola, *La giurisdizione ecclesiastica fra Cassazione e Corte costituzionale: posizione della dottrina, pubblica opinione e prospettive di revisione*, in *Dir. fam.*, 1982, p. 583.

¹²⁹ Giova, al riguardo, la precisazione che il potere che svolge la Corte, com'è noto, non è quello proprio del *“gubernaculum”*, e perciò di vero e proprio indirizzo politico, bensì quello - comunque proprio della *iurisdictio*, di emanare sentenze che entrano in circuito con tutte le interazioni propedeutiche al formarsi di *“decisioni collettivamente vincolanti”* (cfr. L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., pp. 518 ss.).

¹³⁰ G.B. Varnier, op. ult. cit., p. 1132.

giudiziario) che già il diritto canonico allora vigente prevede in ordine al procedimento per ottenere la dispensa *super rato*, recante una “minuziosa disciplina” processuale, dalla quale si ricava segnatamente “che l'istruttoria viene dall'Ordinario diocesano affidata ad un tribunale”; che si ha “l'intervento del Defensor vinculi”; che è, vieppiù, possibile “per ambo le parti ...farsi assistere da consulenti”; [e ancora] che “il “voto” viene espresso sulla base delle risultanze istruttorie”: presidi puntuali, questi, che già da soli – come autorevolmente evidenziato¹³¹ - una volta (anche solo fuggevolmente) soppesati, non rendono possibile dire “che tale procedimento viol[a] il principio supremo della tutela giurisdizionale dei diritti se essa si considera nel suo «nucleo più ristretto ed essenziale»”. Ma l'opinabilità dell'assunto della Corte si ricava anche dal fatto che vengono “obliterati” nel suo scrutinio anche altri aspetti fondamentali: come quello, già accennato, che essa non tiene conto della “specificità” dell'ordinamento canonico “in cui, per non dire altro, ad ammettere dispense è il Pontefice che appare, ad un tempo, la suprema autorità legislativa e giudiziaria”¹³² (tenendo conto, di base, la “peculiarità del tutto canonistica della figura del Pontefice che...assomma i supremi poteri, legislativi amministrativi e giudiziari”¹³³; ovvero ancora il punto, decisamente a favore della disciplina canonistica, per cui quest'ultima specifica analiticamente i requisiti dell'inconsumazione, laddove la legge civile nemmeno chiarisce in cosa consista la consumazione, ammettendone la libera prova, “altrettanto liberamente apprezzata dal giudice”: così da parere arduo che il “principio supremo” del diritto di difesa possa dirsi “più congruamente assicurato” dal procedimento giurisdizionale civilistico che dal procedimento amministrativo canonistico”¹³⁴, specie poi se si

¹³¹ L. De Luca, *La tutela giurisdizionale nella giurisprudenza successiva alla sentenza 18/82 della Corte costituzionale*, in Riv. Dir. Civ., 1983, p. 192.

¹³² A. Albisetti, *Qualche osservazione sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in G.R. Giacomazzo - M.F. Maternini Zotta (a cura di), *Dalle decisioni della Corte costituzionale alla revisione del Concordato: atti della Tavola rotonda, Trieste, 23 marzo 1983*, P.L. Ronzani, Milano 1986, p. 57.

¹³³ O. Fumagalli Carulli, *Matrimonio ed enti*, cit., p. 42.

¹³⁴ A. Albisetti, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 4^a, Milano 2010, p. 49. Analogamente, O. Fumagalli Carulli, op. ult. cit., p. 42.

consideri l'estremo rigore che assiste l'accertamento ivi operato¹³⁵. Ma questi e altri profili non vengono presi in bastevole considerazione: e ciò, eminentemente, per via del "filtro" peculiare utilizzato in detta pronuncia, che conduce il Giudice delle leggi a sopravvalutare gli esiti d'un vaglio condotto in modo spiccatamente formalistico (e assai poco sostanziale), e a non vedere che sotto certi aspetti, sotto il profilo del diritto di difesa, la disciplina canonica - già solo considerando l'ultimo aspetto esaminato - si presta a essere oggetto dell'affermazione per cui il "diritto della Chiesa è assai più garantista del diritto dello Stato"¹³⁶.

2.3 (segue) La persistenza del "condizionamento": l'Accordo del 1984 e la previsione "mancante". Il (derivante) contrasto con i cardini assiologici, la "filosofia" e la "funzionalità" del 'nuovo Concordato'.

S'è accennato *supra* al fatto che questa "storica" pronuncia (i.e. la n. 18/1982) incide profondamente sulle modifiche apportate dall'Accordo del 1984 (al Concordato lateranense) in materia processual-matrimoniale. Ancora prima, poi, s'è anticipato che uno degli esempi più vividi (di tale incidenza) è rappresentato proprio dal fatto che non è più conferito rilievo giuridico civile, nel testo revisionato, alla dispensa pontificia *super rato*; e che da quest'"omissione" discendono (evidenti) problematiche contraddizioni, scaturenti dal riscontro delle 'frizioni' e 'incongruità' che si vengono a delineare, essendo venuta a mancare una fattispecie che per la sua specificità sarebbe risultata pienamente congruente con l'assiologia che assiste questo stesso testo, come pure con l'inedita sua 'vocazione', e - in particolare - con le finalità precipue che lo connotano.

Orbene, alla luce di quanto appena visto sulla politicità (sbilanciata a pro delle ragioni "esclusiviste" statali) della "cifra", dei presupposti, e del verso di quello stesso pronunciato costituzionale del 1982, i cui esiti il "nuovo Concordato" viene in un certo senso ad "accogliere", emerge con chiarezza che quelle contraddizioni - stando così le cose - erano, e sono, semplicemente inevitabili.

¹³⁵ M. Ferraboschi, *Sentenze canoniche ed ordine pubblico*, in *Dalle decisioni della Corte costituzionale alla revisione del Concordato*, cit., p. 77.

¹³⁶ O. Fumagalli Carulli, op. ult. cit., p. 42.

Da un lato, infatti, c'è l'evidenza d'un testo definitivo (quello del Concordato revisionato nel 1984) dove affiora finalmente (grazie agli impulsi datisi, nelle ultime fasi, in entrambi gli Ordini¹³⁷, e in riflesso di un'intervenuta maturazione della mentalità sociale, culturale e politica¹³⁸) un tratto veramente riformatore¹³⁹, con uno "spirito" inedito in esso profuso, rafforzato dalla figurazione d'una prospettiva di relazioni Chiesa/Stato radicalmente innovata; con "principi ispiratori" (quelli del Vaticano II – da un lato; e della Carta – dall'altro) convergenti nel figurare l'*optimum* d'una collaborazione tra due autorità autonome e indipendenti impegnate – a titolo diverso – a pro della persona umana e del bene comune, in un quadro di piena garanzia per la *libertas Ecclesiae* (così da realizzare quanto esplicitato, in particolare, dal par. 76 della cost. *Gaudium et Spes*, da una parte¹⁴⁰; e quanto suggerito, dall'altra, dai principi costituzionali componenti il "microsistema" ecclesiasticistico, letti assieme all'art. 4 Cost., segnante l'obiettivo del «*progresso spirituale e materiale*»). Un testo che può "permettersi" di basarsi su quest'inedita assiologia "convergente", anche per via delle scelte a monte compiute dal Costituente sulla concezione stessa dello Stato, opposte a quelle che animano l'ideologia fascista: conferendo alla Repubblica un'ispirazione tanto 'pluralista' (che auspica non d'inglobare «tutta la realtà», ma di favorire il pluralismo delle istituzioni) quanto 'personalista' (che punta non al primato statale, ma a quello della persona), insieme alla propensione ad accettare limitazioni della sovranità, "in forza di vincoli internazionali liberamente accettati"¹⁴¹. Un testo, ancora, che grazie a queste sue convergenti piattaforme assiologiche, può pregiarsi d'una configurazione agile e snella (da "accordo-cornice"¹⁴²) fiduciosamente proiettata verso un "divenire" delle

¹³⁷ Sul punto sia consentito il rimando a F. Di Prima - M. Dell'Oglio, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica*, cit., p. 221 e ss.

¹³⁸ C. Cardia, *Casaroli*, cit., p. 119.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Il riferimento, in particolare, va all'insegnamento ivi contenuto, per cui il «*servizio a vantaggio di tutti*» offerto «*a titolo diverso*» dalla Chiesa e dalla comunità politica è «*tanto più efficace*» quanto meglio accompagnato da una «*sana collaborazione*» avente di mira «*le stesse persone umane*» (Cost. *Gaudium et Spes*, par. 76).

¹⁴¹ O. Fumagalli Carulli, *'A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio'. Laicità dello Stato e libertà delle Chiese*, Milano 2006, p. 65.

¹⁴² Come ricordato, da ultimo, nel già citato articolo del Cardinale Segretario di Stato Pietro Parolin "Un nuovo modo di guardarsi. A trent'anni dalla firma del nuovo

relazioni (auspicabilmente) sgombrato dai vecchi “tatticismi”: e questo, in particolare, grazie all’esplicito riconoscimento di cui all’art. 7, I co., Cost. (della sovranità e dell’indipendenza della Chiesa in relazione all’ordine statutale), unitamente a quello di diritto internazionale-concordatario del II comma (della “personalità della Chiesa sul piano esterno, con la prospettiva di mantenere e proseguire i percorsi comuni e concordati”¹⁴³), che garantendo da future inclinazioni separatiste dello Stato e – al contrario – evidenziando (assieme all’art. 8, III co., Cost.) la nuova «regola aurea» della disciplina ‘bilaterale’, agevolano una progressiva *attenuazione* delle vecchie trepidazioni (a difesa delle proprie prerogative, e) per le mire di controparte. Un testo pattizio, insomma, che facendosi “prototipo delle convenzioni concordatarie post-conciliari”¹⁴⁴, dismette la *funzionalità* di *actio finium regundorum*¹⁴⁵ atta ad *arginare inammissibili intromissioni nei rispettivi ordini*; per essere proiettato invece, grazie all’art. 1 Conc., in direzione d’una inedita duplice finalità, la promozione della persona e il “bene comune”, da raggiungere – per l’appunto -attraverso un’effettiva collaborazione dei due Ordini, che passa (anche) per l’approntamento d’una piena garanzia d’esplicazione della *libertas Ecclesiae*, di cui all’art. 2 Conc.: (garanzia) che manifesta, prima di tutto, l’attitudine dello Stato (impensabile nel ’29) a reputare rilevante ai ‘propri’ fini l’azione ecclesiale atta a dar seguito alla propria missione elettiva, a pro della collettività dei *cives-fideles*.

Dall’altro lato, però, a fronte di tutto questo, quello stesso testo reca – per l’appunto - il segno “indelebile”, avvertibile non solo dagli ‘addetti ai lavori’, d’una “ferita” ad esso inferta, con l’espunzione di ogni riferimento alla dispensa *super rato*, e la conseguente contrazione dell’orbita del riconoscimento civile alle sole «*sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai Tribunali ecclesiastici*» (art. 8 Conc.). Un *vulnus*, questo, che è restio a “cicatrizzarsi”, proprio perché subito in ragione (delle

concordato tra Italia e Santa Sede”, pubblicato nell’*Osservatore Romano* del 12 febbraio 2014; v. *supra* nt. 6.

¹⁴³ S. Bordonali, *Problemi di dinamica concordataria*, cit., p. 7.

¹⁴⁴ Così, ancora, il Cardinale Segretario di Stato Pietro Parolin, nell’articolo citato alla nota n. 142.

¹⁴⁵ Cfr. O. Fumagalli Carulli, *Lo Stato*, cit., p. 9; S. Berlingò, *Laicità e Concordato*, in S. Domianello - A. Licastro - A. Mantineo (a cura di), *Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, Bologna 2015, p. 225.

conseguenze anzitutto ‘politiche’) dell’affermazione in frangenti anteriori (alla sigla dell’Accordo) d’una “filosofia” – quella del pugnace “recupero della sovranità” *ex parte Status*, ancora ispirante l’intervento della Consulta nel 1982 – che appare, al momento della sigla, “indebolita”, stante (i predetti sviluppi ultimi dei negoziati, che promuovono) l’affermazione in esso dell’appena descritta filosofia “sintonico-cooperativa”, che risulta tanto diversa da quella pregressa da apparire antitetica, prima che espressiva d’una cesura col passato. Per non dire poi dello “speculare” dato ‘tecnico’ – che illumina vieppiù la ragione dell’indicato *vulnus* mai del tutto cicatrizzatosi – per cui quella stessa Otto-Novecentesca “filosofia” che (è alla base di tale *vulnus* e che) langue al momento della firma del Concordato, presuppone nel suo inverarsi un’accezione della funzione dello strumento concordatario che non è ancora sorpassata quando la Consulta stende la pronuncia n.18, ma che – come appena detto – il testo Madamense (paradigma dei patti di libertà e cooperazione) respinge nettamente¹⁴⁶: superando l’idea che queste convenzioni valgano solo a delimitare “rigidi confini di competenze reciproche”, e abbracciando quella per cui esse prima di tutto – posta l’importanza di valorizzare i rispettivi punti di vista “ordinamentali” rispetto alla regolamentazione di determinate materie –, valgono a stendere – in una chiave cooperativa – norme speciali che riconoscano i “tratti peculiari”¹⁴⁷ dell’azione ecclesiale svolta a pro della condizione spirituale di quegli stessi cittadini-fedeli.

Si ha modo così di visualizzare la gravità della detta “ferita”, in tutta la sua intensità: giacché non solo – si dà il paradosso che – la “mutilazione” che subisce il testo concordatario, appare “servente” a una teorica generale (dell’interazione tra Stato e Chiesa) e a una idea specifica (del modo d’essere delle relazioni concordatarie) che lo stesso Accordo mostra di volere superare; ma in più, come consegue dalla considerazione della nuova “filosofia” e della nuova figurazione dello strumento concordatario (che nel 1984 soppiantano le anzidette superate costruzioni), si determina un ostacolo, in ultima istanza, al

¹⁴⁶ G. Dalla Torre, *La “filosofia di un Concordato”*, cit., p. 84 e ss..

¹⁴⁷ G. P. Montini, *Libertà religiosa e libertà della Chiesa. Nota su alcuni aspetti recenti delle relazioni fra Chiesa e Stato in Italia*, in G. Canobbio - F. Dalla Vecchia - G.P. Montini (a cura di), *Chiesa e politica (Quaderni teologici del Seminario di Brescia, n. 10)*, Brescia 2000, p. 250.

‘pieno’ funzionamento di quello stesso Accordo, secondo le sue potenzialità. E questo perché se il principio “dinamico” su cui si regge l’Accordo di Villa Madama è – come s’è visto - quello d’una collaborazione Stato/Chiesa finalizzata (anche) alla promozione della persona umana; e se – come rimarca il Presidente del Consiglio che sigla quell’Accordo¹⁴⁸, con specifico apprezzamento del Santo Padre¹⁴⁹ – questo significa “*abbattere [insieme] tutti i residui steccati della diffidenza*” prevedendo la tutela e la garanzia della persona (umana) “*sotto tutti i profili*”, tenendo presenti “*i valori propri dell’uomo...e la sua spiritualità*”, e scongiurando l’evenienza di ogni “*discriminazione*” a scapito delle sue “*idee*” e delle sue “*condizioni economico-sociali*”; e se questi obiettivi legati alla promozione umana si danno in un testo focalizzato – come le pattuizioni “di nuova generazione” – sull’esigenza di garantire (assieme alla *libertas Ecclesiae*) le *concrete* istanze di libertà religiosa delle persone, allora – alla luce di tutto ciò - non v’è chi non veda lo specifico nocumento che quella stessa “mutilazione” arreca alla funzionalità dell’Accordo, venendo a ridurre il grado di tutela assicurabile all’esplicazione d’una libertà essenziale della *persona*, attinente alle sue convinzioni religiose, qual è quella di vedere tutelata *pienamente* nell’ordinamento civile la decisione di affidarsi al proprio ordinamento confessionale, laddove si sia data un’infelice vicenda coniugale, onde richiedere lo scioglimento del matrimonio.

Si noti, al riguardo, peraltro, che non di rado si riscontra (già all’epoca, e a tutt’oggi) una certa tendenza a sminuire la gravità di questa descritta specifica contrazione della “funzionalità” dell’Accordo, e delle sue ricadute, opponendo l’osservazione che per quanti hanno ottenuto la dispensa *super rato* resta aperta la strada di rivolgersi al giudice civile, proponendo domanda diretta a chiedere lo “scioglimento degli effetti civili” sulla base dell’ipotesi (di cui s’è detto *supra*, dell’inconsumazione) prevista dall’art.3, n.2, lett. *f* della l.898 del 1970, utilizzando il rescritto

¹⁴⁸ Discorso del Presidente del Consiglio Craxi al Papa “Comune impegno per la pace, la libertà e la difesa dei diritti umani” (3 giugno 1985), v. in G. Dalla Torre (a cura di), *La revisione del Concordato*, cit., p. 96.

¹⁴⁹ V. in w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1985/june/documents/hf_jp-ii_spe_19850603_on-bettino-craxi.pdf: “Discorso di Giovanni Paolo II a S. E. L’Onorevole Bettino Craxi, Presidente del Consiglio dei Ministri italiano, 3 giugno 1985”.

pontificio come elemento probatorio. Ma, a parte la previa notazione che in ogni caso questo stesso elemento di prova, come rilevato in dottrina, non si può certo dire perentorio, dovendo – invece - essere comunque valutato “di volta in volta dal giudice, spesso in relazione alla sua maggiore o minore sensibilità personale verso i fatti religiosi”¹⁵⁰, pare invero arduo visualizzare questo percorso alla stregua d’una soluzione “agevolmente percorribile”, posto che prima di tutto si traduce in una *costrizione* per il credente, indotto in sostanza a infrangere un dovere cogente nell’altro Ordine, con lesione della sua libertà di coscienza¹⁵¹ (e sottovalutazione del dato che la Chiesa è una “società specifica”, nella quale ogni fedele deve “accettare in coscienza le vie imposte dai pastori come un orientamento dello Spirito”¹⁵² da seguire doverosamente, alla luce del fine supremo della “*salus*”¹⁵³). Né appare irrilevante, in ogni caso, il danno che viene a essere patito da chi si risolve, nonostante ciò, ad abbracciare questa “strada aperta”, che – com’è auto-evidente - comporta un oneroso dispendio di energie e risorse (e che può anche condurre, peraltro, a una possibile “difformità di risultato” rispetto a un “rapporto relativo allo *status* delle persone”)¹⁵⁴.

3.1. Gli spunti emergenti -appresso- nell’ordinamento canonico e in quello civile atti (sotto diversi profili) ad agevolare una focalizzazione compiuta della “specificità” delle procedure “super rato” (e del livello di garanzie ivi prestato).

¹⁵⁰ P. Moneta, *Ritorna il riconoscimento*, cit., p. 971. Si veda, sul punto, il recente contributo di R. Santoro, dal titolo “*La possibile rilevanza probatoria della dispensa pontificia nel processo di cessazione degli effetti civili per mancata consumazione*”, in M. D’Arienzo (a cura di), *Il diritto come scienza di mezzo. Studi in onore di M. Tedeschi*, vol. IV, Napoli 2017, p. 2183 ss.

¹⁵¹ Così, paradigmaticamente, R. Baccari, *Il matrimonio*, cit., p. 134.

¹⁵² P. Valdrini, *La ricezione della legge nel diritto canonico. Pertinenza e significato*, in *Diritto e Religioni*, I (2010), p. 159.

¹⁵³ Sulla *salus animarum* quale “regola fondante di questo particolare ordine giuridico della Chiesa” (J.I. Arrieta, *Presentazione* al volume curato dallo stesso A., intitolato *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, Venezia, 2008, p.5), v., esemplificativamente, P. Lombardía, *Sobre las características peculiares del ordenamiento canónico*, in *Temis*, 5 (1959), p. 67 ss.

¹⁵⁴ G.B. Varnier, op. ult. cit., p. 1138.

S'è avuto modo di vedere come questo deludente “stato dell'arte” appaia la risultante d'una dinamica estremamente legata alle contingenze del tempo, e *in apicibus* d'un elemento(i.e. il descritto *trend* “unilateralista” che *esige* il predominio statale sulla ‘sfera del rapporto’) che appare già nel 1984 “spurio” rispetto alla “filosofia” che viene a reggere – infine - l'Accordo. Si può adesso rimarcare il fatto che questo stesso elemento “spurio” (con questa gelosa/intransigente “custodia” della sovranità statale) altresì *confligge* con l'Accordo, contravvenendo all'impulso primo scaturente dalla sua indicata filosofia: i.e. uscire dalla logica degli “steccati”, e accedere (come afferma il Card. Casaroli) all’“armonioso esercizio” – in chiave collaborativa – della “*duplice sovranità che ha per comune territorio quello italiano e riguarda fedeli [...] che sono insieme cittadini dello Stato*”, scongiurando “*il più possibile, occasioni di urti o di intralci*”¹⁵⁵.

Orbene, considerando (quanto già anticipato *supra*, e cioè) che quest'innovata visione della “duplice sovranità”, espressa nell'art.1 Conc., nel promuovere regole di garanzia idonee ad assicurare – nell'immediato - un più concreto esercizio della libertà religiosa, implica *anche* la disponibilità delle Alte Parti al riesame – in vista degli obiettivi apicali dell'Accordo della “promozione dell'uomo” e del “bene del Paese” - di materie regolate da norme concordatarie che nel frattempo abbiano “assunto aspetti imprevisi dagli originari negoziatori”¹⁵⁶; e tenendo presente, al contempo, la (già ricordata) “costante tensione” che connota la disciplina ecclesiasticistica, che appare “non contentarsi mai degli esiti teorici raggiunti, specie quando variano le contingenze della concreta esperienza giuridica”¹⁵⁷ (nello svolgimento del ‘compito’ di “mediare culturalmente fra il momento [speculativo/ideologico e quello]

¹⁵⁵ Cfr. il *Discorso del Segretario di Stato, Agostino Casaroli al Presidente del Consiglio dei Ministri italiano, l'on. Bettino Craxi, in occasione della firma dell'Accordo di revisione del Concordato*, 18 febbraio 1984, in vatican.va/roman_curia/secretariat_state/card-casaroli/1984/documents/rc_seg-st_19840218_presid-cons-ministri_it.html.

¹⁵⁶ O. Fumagalli Carulli, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica*, cit., p. 13.

¹⁵⁷ F. Di Prima, *La proficua “irrequietezza” del Diritto ecclesiastico. Primi cenni*, in *Diritto e religione*, cit., p. 212.

pragmatico o tecnico-operativo” di questa stessa concretizzazione¹⁵⁸); considerando e tenendo presente tutto ciò, appare invero utile – procedere a quella specifica analisi *supra* prefigurata e perciò - porre a fuoco, nelle pagine che chiudono questo lavoro, alcuni degli “aspetti”/andamenti salienti datisi negli ultimi anni in entrambi gli ordinamenti, che paiono segnalare, sotto diversi profili, l’urgenza di un compiuto diradamento di quella persistente “ombra” ideologica gravante sull’Accordo, data dalla mancata previsione d’una norma sul riconoscimento civile dei provvedimenti di dispensa *super rato*, che parte dalla focalizzazione – appannata da quella stessa ombra - delle “specificità” delle relative procedure (per l’appunto, alla luce delle finalità elettive del principio di cui all’art. 1 Conc.): così da visualizzare segnatamente – ad es. - il fatto che queste stesse procedure (già nel 1982 e poi) anche in virtù delle maggiori garanzie introdotte con il codice canonico del 1983, non sembrano – in effetti - violare quel «*nucleo essenziale del diritto di agire e resistere in giudizio*» che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, sulla scorta delle indicazioni della Consulta, appare ritenere sufficiente per consentire il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità¹⁵⁹.

3.2 (segue) l’Istruzione 20 dicembre 1986 della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti; gli apporti (indiretti) del diritto giurisprudenziale italiano. Il principio di laicità «ribadito» dalla Consulta nella sent. 421/1993: il «matrimonio» che origina «nell’ordinamento canonico e che resta disciplinato da quel diritto».

Un primo segnale, in tal senso, giunge dall’ordinamento canonico a pochi anni della sigla dell’Accordo di Villa Madama. Nel 1986, infatti, le determinazioni di dettaglio stese dalla Congregazione per il Culto Divino

¹⁵⁸ S. Berlingò, *Lo stato dell’arte «ecclesiasticistica»: dalla dura “specialità” dei privilegi alla forte “specificità” del Diritto ecclesiastico*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 1999, p. 118.

¹⁵⁹ Così P. Moneta, *Ritorna il riconoscimento*, cit., p. 976; sull’indicato “verso” della giurisprudenza della Suprema Corte (riguardo al riconoscimento civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità), v. L. Lacroce - M. Madonna, *Il matrimonio concordatario nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Il dir. eccl.*, 2012, p. 783.

e la Disciplina dei Sacramenti (in un'apposita Lettera Circolare¹⁶⁰), che arricchiscono la regolamentazione del processo 'super rato' (già recante le surriferite innovazioni codiciali del 1983), finiscono col porre in luce – tra l'altro – le maggiori garanzie offerte dal *Codex* (nel senso testé riferito) nel rispetto dell'indole "speciale" di questo processo; in particolare segnalando, in premessa, l'importanza del precetto di cui al can. 1702, con il quale il Legislatore, premurandosi di "assicurare quanto meglio possibile il raggiungimento della verità e di tutelare comunque la legalità e la giustizia"¹⁶¹, espressamente stabilisce che anche in questi processi (*ex se* tendenti all'ottenimento d'una grazia, e non al riconoscimento d'un diritto) siano osservati "per quanto possibile" - nell'istruttoria – "i canoni circa le prove da raccogliersi nel giudizio contenzioso ordinario e nelle cause di nullità del matrimonio, purché si possano adattare alla natura di questi processi". Un precetto, questo, richiamato di lì a poco in dottrina quale spunto per la ('vigorosa') affermazione che l'emanazione della grazia appare "preceduta da un vero e proprio 'processo'", nel quale, segnatamente "il principio del contraddittorio trova applicazione in modo più completo e accurato di quanto spesso non accada in altre procedure concluse da atti dominanti sentenze"¹⁶².

¹⁶⁰ L'istruzione 20 dicembre 1986 (in *Enchiridion Vaticanum*, X, p. 754 ss.) ha trovato pubblicazione anche in *Monitor ecclesiasticus*, 1987, pp. 430 ss. (v., ivi, R. Melli, *Breve commentarium ad Litteras Circulares «De processu super matrimonio rato et non consummato» missas a Congregatione pro Sacramentis die 20 Decembris 1986*; cfr., sul punto, il menzionato saggio di F. López Zarzuelo, *La carta circular "De processu super matrimonio rato et non consummato"*, cit., pp. 535 ss.). Annota P. Moneta, *La giustizia*, cit., p. 157, la circostanza che "ulteriori indicazioni, per quanto ancora applicabili, possono essere ricavate anche dalla precedente istruzione emanata dalla medesima Congregazione in data 7 marzo 1972 (A.A.S. 1972, p. 244 ss.)".

¹⁶¹ O. Buttinelli, *Il procedimento di dispensa dal matrimonio rato e non consumato: la fase davanti al Vescovo diocesano*, in AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano 2008, p. 108.

¹⁶² Così S. Berlingò, *Il Processo*, in E. Vitali, *Il matrimonio* – S. Berlingò, *Il processo*, Milano 1989, p. 279; citazione, quest'ultima, riportata – tra gli altri - da S. Carmignani Caridi, *I diritti della difesa nel processo «super Matrimonio Rato et Non Consummato»*, ne *I Procedimenti speciali*, cit., p. 149, il quale nota, segnatamente, al riguardo, come "i coniugi hanno il diritto di mettere in moto il procedimento con la richiesta della grazia[;] in secondo luogo è dato loro l'opportunità di rappresentare le proprie ragioni con modalità non dissimili da quelle previste per il processo contenzioso ordinario o matrimoniale, così come deve ritenersi ampiamente garantita la possibilità di presentare prove". Quanto, poi, all'applicazione del principio del

Nel frattempo, dal “fronte statale”, affiorano taluni isolati spunti non ancora specificatamente riferibili al tema in parola, ma indicativi d’un’attenzione *effettiva* alla “specificità” del regime canonistico del “vincolo”, in ossequio alla disposizione succitata di cui all’art. 4, lett. b del *Protocollo Addizionale* (all’Accordo dell’84): spunti evincibili da alcuni “approdi” cui perviene la giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) negli “itinerari” seguiti “per dar conto”, segnatamente, “delle possibilità di dialogo tra i diritti canonico e civile nella disciplina del matrimonio concordatario”¹⁶³.

La premessa è il riscontro, abbastanza frequente, in questi primi spunti d’una certa “fatica ermeneutica”¹⁶⁴, che pare (ma non sempre) farsi minore – tendenzialmente - quanto più viene assistita dalla consapevolezza dell’“innegabile diversità”¹⁶⁵ del “modello civile”¹⁶⁶(di

contraddittorio (principio nel quale secondo S. Gherro, *Il diritto alla difesa nell’ordinamento canonico*, in *Monitor ecclesiasticus*, 1988, pp. 8 ss., s’estrinseca in ambito canonistico il nucleo dello *jus defensionis* e che a sua volta postula il diritto di agire e resistere in giudizio; ma v. pure P. A. Bonnet, *Processo, XIII) Processo canonico: profili generali*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIV, p. 6, dove rileva come “radicato nella stessa normativa divina e positivizzato in via generale nei cann. 221 e 1620 c.i.c., il diritto di difesa si incarna essenzialmente e prevalentemente nel *contraddittorio*”), si evidenzia il tema - sempre riguardo alle procedure in parola - della “conoscibilità degli atti, coperti da un rigoroso segreto istruttorio [purtuttavia] mitigato per evidenti ragioni di economia “processuale”, dalla previsione della *necessaria* ancorchè prudente informazione sulle difficoltà scaturenti da elementi di prova, e dalla *possibilità* che il giudice consenta alla parte che lo richieda di prendere visione di un documento o una testimonianza, concedendo termine per deduzioni”. Quanto poi al punto relativo all’assistenza del consulente esperto di diritto si sottolinea come, giusta il can. 1701, par.2, è previsto che le parti, nei casi più difficili, con l’autorizzazione del vescovo, possano giovare dell’operato, per l’appunto, di un *jusperitus*. Per concludere, più in generale, col (richiamo d’un passaggio del discorso di San Giovanni Paolo II alla Rota Romana del 26 gennaio 1989, contenuto in un) rilievo – dello stesso A. - volto a segnalare che se in questa procedura “viene riconosciuta a ciascuna «parte» «la concreta possibilità (. . .) di essere ascoltata e di poter conoscere e contraddire le richieste, le prove e le deduzioni addotte dalla parte avversa o ex officio» se, cioè, la «parte» può agire, essere ascoltata, proporre prove, verificare in qualche modo tramite il consulente giuridico gli esiti dell’istruttoria, si può dire che nella prima fase, quella in qualche modo processuale, il diritto di difesa le venga garantito”.

¹⁶³ P. Floris, *Matrimonio concordatario: le aperture delle corti di legittimità alla rilevanza civile dei contenuti canonici del matrimonio*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002, p. 113.

¹⁶⁴ Espressione, questa, mutuata da C. Cardia, *Diritto e famiglia negli anni '30 e '50*, in *Quaderni Fiorentini*, 28 (1999), p. 871.

¹⁶⁵ F.D. Busnelli, *Intervento*, in S. Berlingò e V. Scalisi (a cura di), *Giurisprudenza canonica e giurisprudenza civile*, Milano 1994, p. 50.

matrimonio); (diversità) che peraltro appare ancora più evidente - all'indomani del riferito "segnale" pervenuto nell'86 dall'orbita ecclesiale - con la rivelante modifica della legge sul divorzio intervenuta nel 1987, che contempla, tra l'altro, la riduzione da cinque a tre anni del protrarsi della separazione per la richiesta dello scioglimento del matrimonio¹⁶⁷: un'innovazione che nel confermare (ed estendere) lo scollamento fra l'ordinamento italiano e quello canonico in materia matrimoniale¹⁶⁸, pone peraltro (ancora) più in luce l'importanza che assume in Italia, ormai dal '70 l'effettiva sussistenza della *"comunione spirituale e materiale tra i coniugi"* quale paradigma della coesione del vincolo, in luogo dell'indissolubilità. Si registra così, ad es., l'anno successivo, la puntualizzazione delle Sezioni Unite - in una sentenza (n. 4700/1988¹⁶⁹) che investe il tema della dialettica "matrimonio atto/matrimonio rapporto" - per cui il criterio da essa adottato nell'82 (sent. 5026¹⁷⁰) - riguardo al regime delibatorio pattizio- della *"maggiore disponibilità ex parte Status"* nel considerare le diversità di disciplina (sussistenti) tra i due ordinamenti, costituisce un'ellissi atta a *"indicare la necessità di tener conto...del fatto che attraverso lo strumento concordatario, prima, e con la legge di ratifica ed esecuzione, poi, lo Stato italiano ha dapprima riconosciuto e poi recepito nell'ordinamento il sistema matrimoniale canonico"*: una precisazione, questa, da valutarsi quale espressione dello sforzo di reperire uno "specifico parametro di valutazione" (per il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche) in corrispondenza con l'esigenza reale - riconosciuta dal legislatore pattizio col suddetto richiamo dell'Accordo alla *"specificità dell'ordinamento canonico"* (art.4, lett.b, Prot. Add.) - di rispondere a *"concreti interessi propri dei cittadini di fede cattolica"*¹⁷¹. Com'è indicativa, poi, d'un consimile approccio, rispetto al tema delicato della tutela del diritto di difesa, la pronuncia (n. 4100/1990¹⁷²) con cui due anni più tardi la

¹⁶⁶ A.M. Punzi Nicolò, *Due modelli di matrimonio*, in L. Spinelli e G. Dalla Torre (a cura di), *Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato*, Bologna 1987, pp. 11 ss.

¹⁶⁷ V. la l. 6 marzo 1987, n. 74.

¹⁶⁸ Per riprendere l'immagine adoperata da A.M. Punzi Nicolò, nel suo *Due modelli di matrimonio*, in *Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato*, cit., p. 21.

¹⁶⁹ Cassazione, Sez. Un., 20 luglio 1988, n. 4700.

¹⁷⁰ Cassazione, Sez. Un., 1 ottobre 1982, n. 5026.

¹⁷¹ P. Moneta, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Torino, 1996, p. 139.

¹⁷² Cassazione civ., Sez. I, 12 maggio 1990, n. 4100.

Cassazione – sempre in tema di delibazione - ribadisce il *trend* non intransigente per cui la tutela di quello stesso diritto non va verificata mettendo pedissequamente a confronto l'ordinamento processuale canonico con quello procedurale italiano, affermando (quanto rileva particolarmente nell'economia del discorso qui affrontato, e cioè) che non è essenziale, a tal fine, che le “*norme canoniche diano le stesse garanzie offerte dal nostro ordinamento*”¹⁷³.

Non appare affatto un caso, poi, il fatto che sia possibile ritrovare un consonante “spirito”, da lì a poco, in una pronuncia della Consulta (n. 421/1993) ove trova applicazione quel “principio supremo di laicità dello Stato” da quella stessa da poco “disvelato” (sent. 203/1989). Infatti, la delineazione di tale principio¹⁷⁴ (sintesi di alcuni cardini costituzionali a partire dagli artt. 7 e 8, con i “modi d'incontro” tra gli Ordini¹⁷⁵ivi figurati), e del suo promuovere un'innovativa “*attitudine laica dello Stato-comunità*” che ripudia “*postulati ideologizzati ed astratti di estraneità [o] ostilità*», per porsi “*al servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini*”, non solo agevola la Consulta a focalizzare l'incongruità costituzionale della tesi della caduta della riserva di giurisdizione ecclesiastica (a fronte del “silenzio” dell'Accordo) trattandosi d'un principio strutturale (del Concordato) che non abbisogna di ancoraggi a “*meri riferimenti testuali*”¹⁷⁶ ma in particolare

¹⁷³ Come rileva R. Botta, (nel suo *La «delibazione» delle sentenze ecclesiastiche negli ultimi tre anni (1984-1986): dalla concordanza sul merito alla discordanza sul rito*, in *Il Dir. eccl.*, II (1986), p. 128, richiamato – di recente - da L. La Croce, *Il riconoscimento in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico introdotta con il M. P. «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 56 [2016], p. 546), analizzando l'affermazione di questo *trend* giurisprudenziale nei primi anni successivi all'Accordo, (appare emergere il punto che) l'assicurazione ‘minima’ del diritto di difesa sia data, essenzialmente, da tre garanzie fondamentali: “la garanzia della conoscenza, quella del dialogo, e quella della prova”. Si confronti questo rilievo (già solo) con quanto osservato da S. Carmignani Caridi, nelle conclusioni del suo *I diritti della difesa*, cit., p. 156, riguardo al procedimento ‘*super rato*’, riportato *supra*, alla nota n. 161.

¹⁷⁴ Principio, come sottolinea G. Dalla Torre, *A vent'anni dalla revisione del Concordato*, cit., p. 143, non “esplicitato formalmente” nella Carta repubblicana.

¹⁷⁵ S. Bordonali, *Luoghi comuni, contesto giuridico attuale ed esigenza d'aggiornamento*, in R. Coppola - C. Ventrella (a cura di), *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso*, cit., p. 223.

¹⁷⁶ Rilevando, da una parte (detta sentenza della Consulta) come “*il giudice dello Stato esprime la propria giurisdizione sull'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, attraverso lo speciale procedimento di delibazione regolato*

appare guidarla – come qua interessa porre in luce – nel rimarcare l'importanza decisiva (al riguardo) dell'”*origine nell'ordinamento canonico*” del “matrimonio concordatario”, e – si noti – *del suo restare disciplinato dalle regole di questo stesso ordinamento*. Una precisazione importante, questa, anche perché vale – al contempo - a rendere vano il tentativo delle Sezioni Unite di qualche mese prima di “far dichiarare la giurisdizione concorrente conforme ai principi costituzionali”, con la sent. 1824, che abbraccia l'erronea suesposta “tesi della caduta” (della riserva)¹⁷⁷. Tuttavia, poiché la sentenza in parola della Consulta manca di forza *erga omnes*, (trattandosi d'una decisione d'inammissibilità), essa non vale a sanzionare la sconfitta delle argomentazioni delle SS.UU. ma solo a fornire un'indicazione autorevole, oltre che chiara ed essenziale sul punto. Da qui il prodursi del fenomeno per cui le Corti italiane tendono in molti casi, negli anni a venire, a dare (comunque) per

dalle stesse norme dell'Accordo”, e rimarcando, alla luce del detto principio supremo di laicità, l'incongruenza costituzionale – invece - del concorso di giurisdizioni, col rilievo che è (per l'appunto) ostile anzitutto a quello stesso principio che un Tribunale civile giudichi su un atto “*caratterizzato da una disciplina conformata nella sua sostanza all'elemento religioso, in ordine al quale opera la competenza del giudice ecclesiastico*”.

¹⁷⁷ Le Sezioni Unite approdano al detto inappagante esito - i.e. quello di abbracciare con la sent. n. 1824 del 1993 l'accennata idea del concorso tra la giurisdizione canonica e quella civile (dopo anni di contrasti giurisprudenziali e con qualche “forzatura d'argomentazione”, come rileva G. Lo Castro, *Nullità del matrimonio concordatario e competenza giurisdizionale*, in T. Auletta (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano 2007, p. 109) - non mettendo bastevolmente a fuoco, tra l'altro, (la circostanza) che le modifiche del 1984 non intaccano il fatto cruciale che si parla di un matrimonio religioso con effetti civili assoggettato nel suo sorgere a una legge sostanziale che non è quella civile; e che - come dato per assodato dieci anni prima dalla Consulta, nella citata sent. 18/1982 - abbia senso logico-giuridico, specie nella prospettiva segnata dalla Carta, che sia un giudice ecclesiastico, e non un giudice civile, a vagliarne la validità: prima di tutto come “ragionevole specialità” a pro della libertà religiosa dei cattolici. A monte, poi, sta l'ideologico inquadramento – operato dalle SS.UU. - della riserva giurisdizionale in parola, e cioè come una “totale abdicazione” dello Stato: convinzione, questa, come vista, inficiata – sotto più punti di vista - dai rilievi della Corte costituzionale appena esposti. Per una sottolineatura dottrinale del “peso specifico” della pronuncia della Consulta, v., tra gli altri, S. Gherro, *Requiem per un'interpretazione distruttiva del matrimonio concordatario*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, I (1994), pp. 520 ss.; P. Cavana, *Dal recupero della sovranità alla questione della laicità, la Corte costituzionale e la riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici sui matrimoni concordatari*, in *Iustitia*, II (1994), pp. 154 ss.; F. Finocchiaro, *Il concorso di giurisdizioni sul matrimonio c.d. concordatario secondo la Corte costituzionale*, in *Giustizia civile*, I (1994), p. 607.

presupposta la fine della riserva in parola: *trend* ermeneutico, questo che, non casualmente¹⁷⁸, tende ad accompagnarsi a un indirizzo (in controtendenza con quello suindicato della ‘maggiore disponibilità’) d’interpretazione più rigida delle disposizioni pattizie, in materia di delibazione, che fa parlare d’uno “svuotamento” di esse per via giurisprudenziale¹⁷⁹.

3.3 (segue) gli apporti (indiretti e diretti) della giurisprudenza civile nella seconda metà degli anni '90. L'evidenziazione della strada obbligata per la risoluzione del problema: una specifica disciplina bilaterale.

Investono invece *direttamente* il tema conduttore del presente lavoro, gli spunti che pervengono nella seconda metà degli anni '90 (sempre) dal fronte statale, segnalando ovviamente in modo più incisivo – anche, talvolta, al di là di quanto emerge *prima facie* – alcuni punti-chiave reclamanti, in un modo o nell’altro, la suesposta esigenza di ‘scosse’ innovatrici sul piano (delle dinamiche proprie) della politica legislativa. Da una parte, infatti, si profila nella giurisprudenza di merito il tentativo di reintrodurre la rilevanza nell’ordinamento italiano della dispensa *super rato*. L’infruttuosità giuridica (del tentativo) è patente, stante l’infelice “vizio di fondo” di “trasferire” la questione (del riconoscimento della dispensa stessa) dall’area della normativa concordataria, a quella della normativa concernente la delibazione delle “sentenze straniere”¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Si è analizzato il tema in F. Di Prima, M. Dell’Oglio, *L’incrinatura del principio concordatario*, cit. (v. *supra*, nota n. 71).

¹⁷⁹ L. De Luca, *Gli Accordi di Villa Madama dieci anni dopo. Brevi riflessioni*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1994, p. 83; G. Dalla Torre, *Il sistema di accordi con la Chiesa cattolica*, cit., p. 51.

¹⁸⁰ Con la peculiarità, peraltro, che le Corti in questione, nell’affermare la delibabilità del provvedimento in parola “quale sentenza straniera” appaiono solo alludere alla possibilità di accedere a una nozione ampia di sentenza, o comunque inquadrata in termini prettamente “sostanziali”, quando – come sottolineato all’epoca in dottrina (P. Moneta, *Ritorna il riconoscimento*, cit., p. 974) – sarebbe bastato “fare riferimento al [più specifico] concetto di sentenza accolto nel diritto internazionale privato, così come viene illustrato in un ...documento ufficiale, la Relazione ministeriale allegata al progetto di riforma che verrà poi attuato dalla ...legge n. 218 del 1995. Secondo questa relazione, «il provvedimento straniero da riconoscere si considera sentenza quando ha deciso un processo di corrispondente contenuto che sarebbe concluso in Italia con una sentenza. Ove non sia verificabile l’indicata corrispondenza, il provvedimento straniero

Non può esservi dubbio, infatti, che se si ragiona dell'attribuzione di effetti civili ad un provvedimento del Sommo Pontefice, l'ambito non può che essere quello dei rapporti Stato/Chiesa, i quali "per un espresso disposto della Costituzione (art. 7), sono regolati dai Patti lateranensi, con quelle modificazioni che essi hanno subito nel decorso del tempo, in particolare con l'Accordo del 1984"¹⁸¹; com'è non meno lampante che in detto Accordo il riconoscimento dei provvedimenti ecclesiastici in materia matrimoniale è stato limitato alle sole sentenze di nullità. Figurare perciò – come fanno nel caso le Corti d'Appello – un altro fondamento (guardando alla normativa prevista in via generale per la delibazione delle sentenze straniere) significa anzitutto ignorare le garanzie che assistono/tutelano le *specifiche* scelte operate dal Legislatore pattizio, come "consacrate" in quello stesso testo dell'84, tenendo presente la scelta del Costituente di elevare a principio generale la regola del previo accordo - in un'ottica «dialogico-cooperativa» di propensione alla deroga a pro dello "specifico religioso" - dando perciò rilievo 'capitale' alla bilateralità, che nel caso dei rapporti Stato/Chiesa è di rango internazionale-concordatario (art. 7, II co., Cost.).

D'altra parte, l'irrompere sulla scena di queste pronunce ha anche innegabili risvolti positivi, correlati anzitutto – paradossalmente – proprio all'indicato loro "vizio di fondo". Ed invero, è comunque al loro procedere (nella direzione sbagliata) – che si deve, nell'immediato, il riaccendersi dell'attenzione dottrinale (e non solo) sul *vulnus* datosi nel 1984¹⁸²; e, a seguire, l'avvento d'un pronunciamento di legittimità (Cass.

deve considerarsi sentenza se ha per effetto l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un diritto soggettivo, di una capacità o di una situazione personale». Per sentenza, aggiunge ancora la Relazione, «si intende anche la decisione amministrativa o comunque di una pubblica autorità, non identificabile con quella giudiziaria, in materie che in Italia sono trattate dal giudice e decise con sentenza». Nota al riguardo l'A., che nell'ampio concetto di sentenza così delineato, "a cui si deve fare riferimento quando si tratta di conferire rilevanza civile a decisioni provenienti da ordinamenti giuridici stranieri, non sembra difficile ricomprendere anche la dispensa pontificia: essa opera una modificazione dello stato personale dei due coniugi e, pur essendo qualificata nell'ordinamento d'origine come determinazione amministrativa, opera in una materia, quella del divorzio, che in Italia è trattata dal giudice e decisa con sentenza".

¹⁸¹ P. Moneta, *Ritorna il riconoscimento*, cit., p. 977.

¹⁸² Per i riferimenti dottrinali sul punto, si rimanda ai pertinenti richiami operati da U. Roma nella nota (alla sentenza della Cassazione del 1999 evocata immediatamente

7276/1999)¹⁸³ che – nello “sconfessare” l’orientamento seguito da queste pronunce¹⁸⁴ – pur restando adeso alla ‘visione’ rigida della sent.18/1982 della Consulta, che come s’è visto, nasce da una riottosità a figurare la specialità del caso, è tanto sospinto dal fluire delle argomentazioni, che finisce col mettere a fuoco almeno i ‘contorni’ di tale “specialità”, pervenendo dapprima a segnalare che nella l.218/1995 - con la quale è cambiato il diritto internazionale privato¹⁸⁵ - sta una clausola (art.2) che fa salva «*l’applicazione delle convenzioni internazionali in vigore in Italia*», tra le quali certamente è l’Accordo di revisione del 1984, “stante la natura di trattato internazionale”¹⁸⁶; e poi, segnatamente, a rimarcare l’incoerenza d’un itinerario comunque volto a “*sottrarre alla legislazione speciale*” provvedimenti – come le dispense *super rato* - che “*per loro intrinseca natura*” appaiono diversi da altri “*provvedimenti giurisdizionali stranieri*”, concludendo nel senso che “*il problema della delibabilità*” dei provvedimenti pontifici in parola “*deve essere risolto nell’ambito della specifica ed autonoma disciplina adottata bilateralmente*”.

E a proposito della peculiarità di detti provvedimenti pontifici, così focalizzata dalla Suprema Corte, va rilevato il “punto di forza” comunque

infra) «Inapplicabilità della l. 31.5.1995 , n. 218 ai provvedimenti ecclesiastici di dispensa *super rato* ed alle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, in Nuova giurisprudenza civile commentata, I (2000), p. 75.

¹⁸³ Corte di Cassazione, sent. 10 luglio 1999, n. 7276. L’anno seguente, peraltro, si è registrato un altro pronunciamento della Suprema Corte, che perviene a esiti interpretativi affini a quelli della sentenza del ‘99 (Cass.13 ottobre 2000, n. 13651).

¹⁸⁴ Segnatamente, la Cassazione ha respinto le tesi sostenute nella sentenza del 7 novembre 1997 della Corte d’Appello di Torino (preceduta da un affine pronuncia della medesima Corte d’Appello, del 9 luglio 1996).

¹⁸⁵ Così O. Fumagalli Carulli, *Matrimonio*, cit., p. 84.

¹⁸⁶ Così O. Fumagalli Carulli, *Matrimonio*, cit., p. 126. Cfr. sul punto, l’annotazione d’uno dei fondatori della Rivista di Diritto Internazionale, ossia Dionisio Anzillotti (*Corso di Diritto internazionale*, 3^a, I, Roma, 1928, pp. 129 ss.) secondo cui “se si prescinde dalle differenze di materia, così poco rilevante dal punto di vista giuridico, e si mette da parte il domma che solo gli Stati possono essere soggetti di diritto internazionale, non sembra facile contestare ai concordati il carattere di accordi in tutto analoghi ai trattati internazionali perché al pari di questi desumono il valore obbligatorio unicamente dal principio che è alla base di tutti i rapporti fra enti coordinati e non soggetti a una comune autorità, *pacta sunt servanda*” (con la precisazione, al riguardo, che spesso i concordati vengono rubricati come un genere speciale di accordi internazionali: esemplificativamente, cfr., in tal senso, il classico saggio di H. Wagnon, *Concordats et droit international. Fondement, elaboration, valeur et cessation du droit concordataire*, Gebloux 1935, pp. 108 ss.).

desumibile dalla (“sfilacciata” e non chiarissima) trama delle argomentazioni portate avanti dalla Corte d’Appello (nel 1996), là dove in essa già si poneva in luce come la relativa procedura canonica non contenesse – in effetti – disposizioni contrarie all’ordine pubblico italiano. Rilievo questo, che – indipendentemente dalle allegazioni offerte in quella sede - si poteva e si può condividere: e ciò sia per la circostanza, già *supra* messa in luce, del fatto che (già nell’82, anche prima delle implementate garanzie introdotte dal vigente *Codex*) queste procedure non appaiono violare quel “*nucleo essenziale del diritto di agire e resistere in giudizio*” focalizzato dalla Consulta nel 1982 come principio supremo; sia perché, quand’anche si volesse insistere sul tema della “discrezionalità” che connota la concessione della dispensa, vale la puntualizzazione (operata da una dottrina che commenta la sentenza della Corte d’Appello,) per cui la discrezionalità in parola “opera, a ben guardare, sempre in senso restrittivo in ordine alla concessione della dispensa” - (potendo essere rifiutata, pur in presenza di un’accertata inconsumazione “per tutelare esigenze di ordine più generale, sia individuali, che comunitarie”) - e non nel senso di ampliare la potestà del Pontefice “al di fuori dei ristretti confini della fattispecie del matrimonio non consumato”. Derivandone, dunque, che lo scioglimento accordato dal Pontefice esercitando detta potestà non risulterà mai estraneo al “modello di divorzio adottato dal nostro ordinamento e, meno che mai, contrastante con i principi fondamentali a cui esso si ispira”: e questo perché il potere discrezionale in questione non appare, in sostanza, di natura differente “da quel potere che alcune legislazioni accordano al giudice di rifiutare, almeno temporaneamente, il divorzio se questo viene a recare un grave pregiudizio ad interessi particolarmente meritevoli di tutela (come, ad esempio, quello dei figli minori)”, focalizzandosi (così, insomma) un tipo di discrezionalità degna d’essere recepita nel nostro ordinamento” per una più ampia e ponderata valutazione degli interessi sui quali essa può venire ad incidere.”¹⁸⁷

Riguardo poi al successivo decennio, esauritasi questa singolare - specifica - “spinta” di cui s’è appena dato conto, il fronte statale nella

¹⁸⁷ P. Moneta, op. ult. cit., p. 976-977; condivide il rilievo, tra gli altri, U. Roma, «*Inapplicabilità della l. 31.5.1995, n. 218 ai provvedimenti ecclesiastici di dispensa super rato ed alle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio*, cit., p. 71.

materia matrimoniale concordataria (in generale) seguita a offrire – in estrema sintesi, e per quanto qui interessa porre in luce – una tendenziale riproposizione della dinamica riscontrata a metà degli anni '90: con una giurisprudenza di legittimità che – pur partendo dalla consapevolezza dell'importanza della segnalazione data dal Legislatore pattizio rispetto alla “specificità dell'ordinamento canonico che lo distingue da ogni altro ordinamento” (Cass. n.22514/2004)¹⁸⁸ – tende (ad es., già con la sentenza appena citata¹⁸⁹) a restringere i margini di “delibabilità” delle sentenze ecclesiastiche, richiedendo controlli tali -in quella sede -da “svuotare pian piano la sovranità della Chiesa”¹⁹⁰; e questo, generalmente, per via d'una insufficiente previa focalizzazione del principio (supremo) di laicità enunciato dalla Consulta, che (come sintesi di principi costituzionali ecclesiasticisticamente rilevanti, ivi compresi quelli gli conferiscono un verso “dialogico-cooperativo”) giustifica e incentiva cessioni di sovranità statale e discipline speciali pattizie – come quella in discussione – volte a presidiare specifiche istanze confessionali. L'insufficiente focalizzazione di detto principio, infatti, può condurre ad adottare interpretazioni rigorose, in una logica di difesa delle prerogative statali funzionale a un modello separatista, ma inevitabilmente “disfunzionale” rispetto a quello italiano: con l'esito di decisioni che finiscono, per l'appunto, col contrarre i detti margini di apertura, a scapito di quanto pattizamente regolato – v. l'esempio “illuminante” della sent. 19809/2008 delle SS.UU., che afferma, tra l'altro, la necessità di “valutare la concreta configurazione del capo di

¹⁸⁸ Cassazione, sez. I civ., sent. 1 dicembre 2004, n. 22514.

¹⁸⁹ Rileva G. Dalla Torre, *Prolusione*, (resa il 13 febbraio 2010, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Tribunale Ecclesiastico Regionale Pugliese, v. in terpuglia.it/inaugurazione2010.html) - come detta sentenza (i cui estremi sono riportati *supra*, nella nota precedente), viene a escludere la delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale qualora questa sia “proposta dagli eredi del coniuge deceduto, in quanto la legittimazione a chiedere la delibazione “spetta esclusivamente a coloro i quali, secondo l'ordinamento italiano, sono legittimati a promuovere l'azione di impugnazione del matrimonio prevista dal cod. civ., non rilevando, in contrario, che nell'ordinamento ecclesiastico gli eredi del coniuge deceduto sono invece legittimati ad instaurare il giudizio di nullità del matrimonio religioso”.

¹⁹⁰ O. Fumagalli Carulli, *Libertà religiosa e riserva di giurisdizione della Chiesa sui matrimoni concordatari: sentenze canoniche e ordinamento civile*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (statoecliese.it), settembre 2011, p. 13.

nullità posto a base della sentenza canonica”¹⁹¹ - con le inevitabili ripercussioni negative sulla solidità e sull'equilibrio dell'assetto concordatario (ove pure trova applicazione la regola internazionale "*pacta sunt servanda*", che prescrive - tra l'altro - alle Parti di non adottare, in chiave unilaterale, interpretazioni d'un trattato che non ne garantiscano la piena efficacia).

3.4. (segue) le innovazioni (ulteriormente) “chiarificatrici” sul fronte ecclesiale: in particolare, il m.p. Quaerit semper del 2011.

Ciò detto, per (ri)trovare nuovamente uno ‘spunto’ connesso direttamente al tema del presente lavoro, occorre non solo attendere l'inizio del nuovo decennio, ma vieppiù guardare all'ordinamento ecclesiale. Si è a dire, cioè dell'“innovazione” di portata “storica”¹⁹² che nel 2011, appresso alla pubblicazione del m.p. *Quaerit semper* si delinea, con la concentrazione nell'ambito della Rota Romana, i.e. il tribunale di ultima istanza per tutta la Chiesa¹⁹³, della competenza a trattare le procedure di scioglimento del matrimonio non consumato (oltre alle cause di nullità dell'ordine sacro), che venivano (entrambe) precedentemente trattate dalla Congregazione per il culto divino e la disciplina dei sacramenti¹⁹⁴. Da codesto intervento legislativo di

¹⁹¹ P. Moneta, *Poteri dello Stato*, cit., pp. 1825 ss.

¹⁹² Così l'allora Decano della Rota, Mons. A. Stankiewicz, in un articolo pubblicato il 28 settembre 2011 ne *L'Osservatore Romano*, intitolato “Un'innovazione storica” (v. in osservatoreromano.va/it/news/uninnovazione-storica).

¹⁹³ P. Moneta, *Introduzione al diritto canonico*, 4^a, Torino 2016, p. 79.

¹⁹⁴ Il riferimento va alla *Lettera Apostolica* «*Quaerit semper*», data in forma di *motu proprio* il 30 agosto 2011, con la quale Benedetto XVI ha trasferito dalla Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti al Tribunale della Rota Romana le competenze suindicate. Col medesimo m.p. sono state apportate, all'uopo, alcune modifiche alla Costituzione apostolica *Pastor Bonus*, e segnatamente l'abolizione degli artt. 67 e 68 (della stessa), e la modifica dell'art. 126 secondo il seguente testo: «Art. 126 § 1. Questo Tribunale funge ordinariamente da istanza superiore nel grado di appello presso la Sede Apostolica per tutelare i diritti nella Chiesa, provvede all'unità della giurisprudenza e, attraverso le proprie sentenze, è di aiuto ai Tribunali di grado inferiore. § 2. Presso questo Tribunale è costituito un Ufficio al quale compete giudicare circa il fatto della non consumazione del matrimonio e circa l'esistenza di una giusta causa per concedere la dispensa. Perciò esso riceve tutti gli atti insieme col voto del Vescovo e con le osservazioni del Difensore del Vincolo, pondera attentamente, secondo la speciale procedura, la supplica volta ad ottenere la dispensa e, se del caso, la sottopone al Sommo Pontefice. § 3. Tale Ufficio è anche competente a

Benedetto XVI, infatti, derivano implicazioni giovevoli, ai fini del discorso sin qui svolto, rispetto all'evidenziazione delle "specificità" delle procedure in parola.

La premessa è che ad avere attribuite – in particolare, come qui interessa porre in luce - le competenze relative alle procedure *super rato*, è – per la precisione - un Ufficio di nuova creazione¹⁹⁵, costituito *presso* il medesimo Tribunale della Rota Romana, con una "sua struttura propria" e "con un organico distinto"¹⁹⁶ recante *ex se* natura e competenze inquadabili come "*amministrative*"¹⁹⁷ (detto Ufficio, in particolare, è chiamato a "*giudicare circa il fatto della non consumazione del matrimonio e circa l'esistenza di una giusta causa per concedere la dispensa*" dopo aver ricevuto "*tutti gli atti insieme col voto del Vescovo e con le osservazioni del Difensore del Vincolo*" - e quindi, laddove non ritenga di dovere respingere la pertinente pratica, a sottoporre quest'ultima al Pontefice). Una puntualizzazione, questa, che unitamente a quella che il *motu proprio* in parola non ha introdotto "alcun cambiamento nelle norme processuali da applicare"¹⁹⁸, agevola, di riflesso, una prima focalizzazione della *peculiare* "cifra" amministrativa delle procedure in commento (già *supra* focalizzata).

D'altronde - fermo restando quanto appena puntualizzato – non è improprio affermare che a potersi dire titolare di queste nuove competenze, sia pure *lato sensu* (o "indirettamente") è la medesima Rota Romana (senza che ciò ne alteri sostanzialmente la "fisionomia" o l'"individualità storico-giuridica"¹⁹⁹): posto che comunque – come annotato in dottrina, da una parte, l'Ufficio e il Tribunale Apostolico

trattare le cause di nullità della sacra Ordinazione, a norma del diritto universale e proprio, congrua congruis referendo.».

¹⁹⁵ A. Fuccillo - R. Santoro, *Giustizia, diritto, religioni. Percorsi nel diritto ecclesiastico civile vivente*, Torino 2014, p. 272.

¹⁹⁶ G. Erlebach, *Nuove competenze della Rota Romana in seguito al motu proprio Quaerit semper*, in *Ius et Iustitia*, XVI (2012), p. 202 (v. in sskp.kapitula.sk/wp-content/uploads/2014/10/Nuove.pdf).

¹⁹⁷ A. Stankiewicz, *Un'innovazione*, cit. (v. *supra*, nota n. 191). V. sul punto, R.R. Chacón, *Quaerit semper. ¿nuevas competencias para el Tribunal de la Rota Romana?*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 28 (2012), p. 6.

¹⁹⁸ G. Erlebach, *Nuove competenze della Rota Romana in seguito al motu proprio Quaerit semper*, cit., p. 199.

¹⁹⁹ A. Stankiewicz, *Un'innovazione*, cit. (v. *supra*, nota n. 191).

appaiono agire nei “confronti della Santa Sede...come un ente unico”: e dall'altra, questo stesso Ufficio esprime – già solo da un punto di vista “burocratico” - la percezione di “appartenere” al detto Tribunale, come è dato evincere da un “eloquente” riferimento documentale reperito da quella stessa voce dottrinale²⁰⁰. Ebbene, considerando ciò, assieme al dato rimarchevole che a presiedere il nuovo Ufficio è lo stesso Decano della Rota²⁰¹, sembra potersi convenire con la notazione autorevolmente posta in dottrina, per cui l'innovazione in commento viene a prefigurare, al contempo, una “*giurisdizionalizzazione*’...devoluta” al medesimo Tribunale Apostolico²⁰², che – pur lasciando inalterata la predetta indole (amministrativa) della procedura – s'estrinseca giovevolmente, in prospettiva, in due direzioni: *all'interno* dell'ordinamento canonico, ad es. potendo favorire l'implementazione d'una “giurisprudenza unitaria e condivisa” fra il Tribunale della Rota Romana e l'Ufficio *de quo*²⁰³; ma anche “all'esterno” di detto ordinamento, recando il beneficio immediato d'una maggiore messa in rilievo della peculiare fisionomia che reca questa procedura, cui non difettano – come più volte sottolineato, e

²⁰⁰ G. Erlebach, *Nuove competenze*, cit., p. 203, fa riferimento a un “*Pro memoria* per l'istruttoria di una causa di dispensa da matrimonio rato e non consumato” preparato da questo Ufficio” [ed ivi prelevato dallo stesso A. “il 2 agosto 2012”] ove lo stesso Ufficio “non viene neanche menzionato come organo competente per la trattazione di tali cause nella Santa Sede, ma nel n. 17 di tale documento si informa che gli atti devono essere spediti “al Tribunale della Rota Romana”.

²⁰¹ Si consideri, in proposito, quanto rimarcato da A. Stankiewicz, nell'articolo citato *supra* (nota n. 191), il quale -dopo aver notato che il trasferimento delle competenze in parola “poggia su precedenti di ordine storico-giuridico” attestanti il fatto che “le materie ora devolute alla Rota non sono certo aliene al contesto del Tribunale papale” - rileva la circostanza che “il decano della Rota Romana è titolare, nelle cause di nullità matrimoniale trattate davanti alla Rota, della facoltà di aggiungere subordinatamente la questione *de matrimonio rato et non consumato* e di proporre al Sommo Pontefice la concessione della dispensa”: facoltà, questa, “concessa con lettera del segretario di Stato cardinale Tardini, dell'11 ottobre 1952 (Prot. n. 7657/52) e successivamente rinnovata (cfr. i *Rescripta ex Audientia SS.mi* del 5 luglio 1963, del 26 luglio 1981 e, da ultimo, del 30 settembre 1995)” (laddove, in precedenza detta facoltà “veniva concessa di volta in volta dal Sommo Pontefice, tanto che si è formata una consistente giurisprudenza rotale in materia d'inconsumazione, a cui la stessa Congregazione competente ha usualmente attinto”). V. sul punto, le osservazioni di M. Nacci, *Origini e sviluppo dell'istituto dello scioglimento del matrimonio rato e non consumato*, in AA.VV., *Lo scioglimento del matrimonio canonico*, Città del Vaticano 2013, p. 150.

²⁰² O. Fumagalli Carulli, *Matrimonio ed enti*, cit., p. 41.

²⁰³ G. Erlebach, op. ult. cit., p. 208.

come annotato già prima dell'avvento della nuova codificazione canonica – rilevanti “connotazioni di peculiare giurisdizionalità”²⁰⁴.

Infine, a tale ultimo proposito, sempre mantenendo l'analisi sul fronte ecclesiale, non va trascurato l'ulteriore riferimento - già anticipato *supra*, in apertura di lavoro – che può riscontrarsi quattro anni più tardi nella nuova legislazione sulle cause di nullità matrimoniale, voluta da Papa Francesco. Questa, infatti, ha apportato una significativa modifica relativa alla fase dell'istruzione di queste stesse cause, rispetto all'eventualità (tutt'altro che infrequente) che emerga in quella sede l'esigenza di richiedere la dispensa di scioglimento del matrimonio non consumato: prevedendo segnatamente (can. 1678 § 4) che il tribunale in tal caso (i.e. “*ogniqualevolta*” nell'istruttoria insorga “*un dubbio assai probabile che il matrimonio non sia stato consumato*”) possa sospendere la trattazione della causa di nullità (completando -così- “*l'istruttoria in vista della dispensa super rato, ed infine trasmette[ndo] gli atti alla Sede Apostolica insieme alla domanda di dispensa ...ed al voto del tribunale e del Vescovo*”), una volta che siano state semplicemente “*sentite le parti*”; laddove la previgente legislazione richiedeva, all'uopo, il “consenso” di queste ultime. Un segnale, questo, di (ulteriore) conferma di quella “preferenza”²⁰⁵ – in questo specifico caso - per la strada del ‘*super rato*’ già presente nell'ordinamento²⁰⁶, già spiegabile perché, seppure “l'impostazione logica dovrebbe condurre a far prevalere la nullità”, quale “rimedio più radicale”, rispetto allo scioglimento, tuttavia con l'indicata preferenza si segue una strada che presenta i vantaggi della “facilità di prova” e dello “snellimento di procedura”²⁰⁷. Ma si può azzardare che quest'innovazione possa dire qualcosa di più, ritrovandola in una riforma che ha l'intento di “favorire la ricerca e l'accertamento della nullità”, e lo spirito di attuare al contempo giustizia e misericordia (per l'appunto, sulla verità del vincolo), tenendo presente il senso ultimo della parabola del Padre

²⁰⁴ C. Mirabelli, *Alcune osservazioni*, cit., p. 471.

²⁰⁵ G. Incitti, *Il processo di dispensa del matrimonio rato e non consumato*, ne *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. IV ‘*Prassi amministrativa e procedure speciali*’, Città del Vaticano 2014, p. 189.

²⁰⁶ J. Llobell, *Il m.p. “Quaerit semper”*, cit., p. 25.

²⁰⁷ P. Moneta, *Nullità e scioglimento del matrimonio*, in *Lo scioglimento del matrimonio canonico*, cit., p. 218.

misericordioso²⁰⁸, assieme a quell'immagine (cara al Pontefice) delle strutture ecclesiali come "ospedale" da campo operante nei pressi di chi è "caduto"/"ferito"²⁰⁹. E cioè, che se è vero che ciò implica che per queste strutture è fondamentale procedere, di fronte a questi "vissuti" matrimoniali infelici, all'accertamento (reso quanto più accessibile e praticabile) della *"verità sull'esistenza o no del vincolo del loro matrimonio fallito"*²¹⁰, con il conseguente (tradizionale) *focus* posto sul momento della prestazione del consenso (ossia sul quel "voluto in cui è ricompreso tutto il vissuto"²¹¹); tuttavia, è pur vero che gli operatori del diritto ben sanno che laddove emerga il dubbio che quegli stessi "vissuti" infelici possono essere connotati dalla "ferita" d'una mancata consumazione, entra in campo un (possibile) evento (i.e. l'inconsumazione) che pur essendo successivo a quella stessa prestazione del consenso, si pone "così a ridosso" (di questo momento costitutivo) "da non poterne essere completamente staccato", e da costituirne "una sorta di prolungamento nell'ambito concreto e umano della vicenda coniugale"; un evento che vieppiù "nella grandissima maggioranza dei casi" è cagionato da "una qualche anomalia *che è già presente*" al momento della detta prestazione (del consenso), che "non solo inibisce il normale decollo della vita coniugale", ma viene a incidere "più profondamente sulla stessa validità originaria del matrimonio"²¹². A quel

²⁰⁸ Titolo che a S. Lyonnet S.I., *Dio nella Bibbia*, in *Civ. catt.*, III (1968) (Quad. 2837), p. 373, appare più esatto di quello datogli abitualmente, i.e. la "parabola del figlio prodigo": giacché il centro della parabola (richiamando una notazione di Mons. L. Cerfaux) è il padre che perdona, tendendo la mano al figlio scivolato fino al fondo della china.

²⁰⁹ Papa Francesco, durante l'omelia della Santa Messa celebrata per l'apertura della XIV Assemblea Generale del Sinodo, parla della Chiesa «*chiamata a vivere la sua missione nella carità che... si sente in dovere di cercare e curare le coppie ferite con l'olio dell'accoglienza e della misericordia; di essere "ospedale da campo", con le porte aperte ad accogliere chiunque bussando chiedendo aiuto e sostegno;... di uscire dal proprio recinto verso gli altri con amore vero, per camminare con l'umanità ferita, per includerla e condurla alla sorgente di salvezza*» (cfr. *L'Osservatore Romano* del 5-6 ottobre 2015, p. 7).

²¹⁰ M.I., Regole procedurali. Come ha osservato J. Llobell, *La difesa di quale diritto di difesa nell'istr. «Dignitas connubii»?», in AA.VV., Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii». Parte Prima: I principi*, Città del Vaticano, 2007, "quantunque non sia possibile identificare un matrimonio "fallito" con un matrimonio "nullo", è evidente che alcuni matrimoni "falliscono perché sono nulli".

²¹¹ G. Dalla Torre, *Specificità*, cit., p. 7.

²¹² P. Moneta, *Nullità e scioglimento del matrimonio*, cit., p. 218.

punto, la preferenza indicata dal Legislatore in questo specifico caso, verso il rimedio (meno “radicale”) dello scioglimento, oltre a essere “evidentemente” legata – come detto - “alla facilità di prova” e allo “snellimento di procedura che esso presenta”, può apparire in qualche misura – anzitutto a questi stessi operatori – come la segnalazione (nell’ipotesi di un emergente *dubium* nei termini anzidetti) d’un *possibile altro* percorso che non “infrange” lo *spirito* della riforma, nel mostrare *comunque* la vicinanza e il sostegno della Chiesa-madre verso «*figli che si considerano separati*» per via della loro infelice vita matrimoniale, in vista dell’obiettivo principe della loro *salus animarum*.

3.5. (segue) gli ultimissimi apporti della giurisprudenza costituzionale: il conclamato verso “cooperativo” della laicità italiana, promuovente regole pattizie a presidio di specifiche istanze religiose. La problematica mancata focalizzazione di questo peculiare “verso” da parte della Cassazione (in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità).

Questi due piani, quello (fattuale) degli infelici vissuti matrimoniali e quello (‘tecnico’) della riconducibilità ultima dei rimedi (a tutt’oggi) approntati dall’ordinamento canonico al benessere *spirituale* dei soggetti interessati, vanno tenuti ben presente, in conclusione, nella prospettiva (indicata in apertura) che l’“inveramento” del principio di collaborazione reciproca di cui all’art.1 Conc. possa trovare conferma specifica nel campo in discussione; che possa cioè detto consolidamento - nell’ottica d’una disponibilità cooperativa al confronto da esso promossa – dare la stura a un possibile riesame *ex parte Status* delle ragioni che a suo tempo “militarono” – è il caso di dirlo – per escludere il riconoscimento civile dei provvedimenti *super rato* dal Concordato revisionato: e ciò già solamente alla luce degli spunti succintamente riferiti in quest’ultima parte del lavoro, che coprono più d’un quarto di secolo dalla sigla dell’Accordo, e che dicono di sviluppi registrati (anzitutto a livello ideologico-culturale) nell’orbita ordinamentale italiana, atti a favorire una focalizzazione più compiuta della “specificità” canonistica in discussione (al netto d’una certa mancata ‘consonanza’ degli esiti cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità); e infine, delle innovazioni ulteriormente “chiarificatrici” datesi nell’ordinamento

ecclesiale riguardo alla fisionomia ‘speciale’ delle procedure per lo scioglimento del matrimonio *de qua*.

Ma lo stesso è a dirsi, ed ancor di più, se solo si guardi ai più recenti “approdi” del diritto giurisprudenziale italiano – che investono anche di riflesso il tema in commento - di cui si può dar qui un rapido cenno. Dando conto, in particolare, del laborio particolarmente intenso della Consulta negli ultimissimi anni, atto a delineare il contenuto dinamico/promozionale e quasi *anti-separatista* del principio di laicità. Con una messa a fuoco che inquadra (in modo assai più nitido che negli anni ‘90) come l’attitudine di “servizio” a pro delle “*concrete istanze*” della “*coscienza religiosa*” dei cittadini, che detto principio reclama, implica una (necessaria) propensione dello Stato alle concertazioni con le Confessioni, potenzialmente foriere della sigla di “*accordi bilaterali*”, deputati a soddisfare quelle stesse (specifiche) istanze: sino a visualizzare integralmente, di recente, la cifra caratteristica di detta attitudine, dichiarando “ufficialmente” la piena compatibilità con la laicità statale di questo (suo) “verso” cooperativo, nel prefigurare (la stesura di quei) regimi pattizi posti (dal Costituente) a garanzia dello «specifico religioso», che confermando ed ‘amplificando’ la garanzia di base della libertà religiosa, possono contemplare senz’altro [tra l’altro] la concessione di “*particolari vantaggi*” e il conferimento di rilevanza, nell’ordinamento dello Stato, a «*specifici atti propri della confessione religiosa*» (sentt. 67/2017; 63/2016; 52 del 2016).

Un’evidenziazione, questa operata dal Giudice delle leggi, che appare, riguardo alla fattispecie qui in commento, mettere all’angolo quelle teoriche di stampo “esclusivista”, che – come detto – sono risultate decisive nel condurre all’esito infelice del 1984 (i.e. “l’espunzione” della previsione sulla dispensa *super rato*): nella misura in cui sostenere ancora un modello “antagonista”, refrattario alla ricerca della cooperazione e alla potenziale cessione di sovranità in chiave garantista (e/o che vede in ciò un’invadenza ecclesiale nell’ordine sovrano dello Stato) significherebbe -essenzialmente -infrangere un “principio supremo” dell’ordinamento, qual è quello di laicità. E se così è, la felice focalizzazione operata dalla Consulta vale in particolare a rendere obsoleta, a ben guardare, quell’idea di demarcazione netta/asettica delle competenze dei due Ordini, tra “sfera dell’atto” e “sfera del rapporto”, anch’essa alla base della ‘scomparsa’ della previsione sulla dispensa

super rato; aiutando a vedere la contrarietà a quello stesso principio supremo d'un avviso che – come detto – si fonda su una nozione (ideologicamente informata) della sovranità statale, e dei modi di difenderla, quale una “roccaforte” invalicabile atta a presidiarne la “signoria” sugli ambiti che attengono al rapporto coniugale, e che (perciò) non ammette alcuna eccezione (perché potrebbe “incrinare” quella stessa “roccaforte”): mentre il principio di laicità, col contenuto “anti-separatista” ora nettamente evidenziato dalla Consulta, conduce a vedere – invece - la razionalità di questa stessa eccezione, quando si tratti di sovvenire a specifiche e concrete istanze della coscienza religiosa dei *cives-fideles*.

Per non dire che (seguire a) negare la razionalità dell'anzidetta “eccezione” (*rectius*, più gravemente, dell'idea stessa che la informa: “ammettere” il riconoscimento della dispensa *super rato*), giunge a violare non solo il cardine costituzionale della cooperazione, ma anche gli altri (cardini) sintetizzati nel principio supremo della laicità, a cominciare da quello della libertà religiosa: e non solo perché s'impedisce, nel caso specifico, che sia pienamente tutelata anche nell'ordine statale la libertà del credente di esplicitare la sua personalità di *homo religiosus* – vieppiù in un frangente “delicatissimo” della sua esperienza di vita – affidandosi all'ordinamento confessionale nell'ipotesi d'una infelice sua vicenda coniugale; ma anche per via di ciò che consegue dallo *status quo* attuale, in considerazione del descritto *vulnus* patito dal credente nell'essere indotto - come *extrema ratio* - a ricorrere al divorzio civile, ossia proponendo, per l'appunto, domanda diretta a chiedere lo “scioglimento degli effetti civili”: iniziativa questa – che oltre a rivelarsi *lato e strictu sensu* “dispendiosa”, si risolve soprattutto in una scelta incompatibile col proprio credo.

Non pare poi si possa dire, infine, che mantenere questo stesso *status quo* (e dunque negare l'ingresso all'eccezione in parola) possa essere una scelta *ex parte Status* comunque dettata dalla necessità di ossequiare l'altro principio supremo, i.e. quello della tutela giurisdizionale; posto che l'inquadramento operato nel 1982 dalla Consulta rispetto alla pertinente normativa canonica (sulla procedura speciale *super rato*) come “inidonea” a garantire quello stesso principio, oltre a essere argomentato – come visto *supra* - sulla base di ragioni politico-ideologiche che non assistono più il “vigente sistema matrimoniale

concordatario”, specie appresso alla nuova luce sulla portata del (suo) cardine della collaborazione (art.1 Conc) data dalle delucidazioni offerte dall’indicata (recente) giurisprudenza costituzionale; origina – vieppiù - da un vaglio condotto prima del “disvelamento” che informa questa stessa giurisprudenza, del principio supremo di laicità e delle sue implicazioni nel segno d’una disponibilità statale all’apertura a valori/contenuti confessionali, coerente con lo spirito di “servizio” proprio della Repubblica a pro delle istanze religiose dei cittadini. Un vaglio, dunque, condotto allora inforcando “lenti” così “spesse” che impediscono di soppesare la portata delle garanzie di tipo giurisdizionale che la normativa canonica comunque offriva e tuttora offre, e che in fondo dicono anch’esse – sotto un certo punto di vista - della “specialità” del processo *super rato*, con la sua natura amministrativa “peculiare”, giacché dipendente essenzialmente dal suo potenziale esito finale, i.e. la concessione d’una grazia: dandosi così uno scrutinio severo, che s’arresta prima di soppesare l’ulteriore peculiarità (*supra* sottolineata) della discrezionalità che connota detta concessione, e cioè che essa implica la spendita d’un potere che si muove sempre -per così dire - nell’economia della fattispecie del matrimonio non consumato, e che (perciò) non troverà mai l’esito d’uno scioglimento che risulti alieno al modello di divorzio che il nostro ordinamento ha adottato, o addirittura contrastante con i principi fondamentali a cui esso si ispira. Uno scrutinio, che, con gli occhi di oggi, appare non incline (come minimo) a cogliere tutte le implicazioni – specie, per l’appunto, quelle correlate a una laicità collaborativa servente le istanze religiose delle persone – d’una normativa, come quella canonica, che porta in evidenza – tra l’altro - il “diritto di chi è destinatario della grazia d’essere aiutato a conseguire” il *proprio bene spirituale*²¹³.

Alla luce di quanto rilevato, non può che lasciare perplessi, da ultimo, il verso quasi opposto che già da tempo ha assunto la giurisprudenza di legittimità riguardo all’interpretazione della vigente normativa pattizia in materia processual-matrimoniale: con l’esito “dirompente”, in particolare, prodotto dalla pronuncia n. 16379/2014 delle Sezioni Unite, che – com’è ormai noto non solo agli “addetti ai lavori”- ha escluso il

²¹³ P. Pavanello *La concessione di grazie: aspettative e attese*, in J.I. Arrieta (a cura di), *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, cit., p. 183.

riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità allorché sia eccepita (dal convenuto) una convivenza coniugale di durata almeno triennale²¹⁴. A colpire, segnatamente, è che la visione che anima il pronunciamento appare ancorata (proprio) alla (descritta) sorpassata teorica “dogmatica” della sovranità statale, e dei suoi rapporti con la sovranità della Chiesa, che s’esaurisce nella (figurazione d’una) dialettica d’“incontro-scontro” tra due ordini, avulsi dal contesto che li circonda e – soprattutto - dalle libertà della persona da garantire/presidiare: una visione che non coglie il descritto verso cooperativo, “anti-conflittuale” del principio di laicità (e delle relative implicazioni a pro delle specifiche istanze in gioco) che la Consulta già in tempi pregressi aveva inquadrato, ancorché non con la straordinaria messa a fuoco delle ultimissime riferite sentenze. Non meraviglia, dunque, la serie di esiti ermeneutici giuridicamente inappaganti che derivano da quella stessa pronuncia, che in estrema sintesi si possono riassumere: a) nell’ipervalutazione delle necessità di tutela delle situazioni di convivenza coniugale, e delle norme (sovranazionali e nazionali) che detta tutela forniscono, tale da figurarle come espressive di concezioni basilari di quell’ordine pubblico che, ai sensi dell’Accordo di Villa Madama, va presidiato anche nei confronti delle sentenze ecclesiastiche: figurazione, tuttavia, che lascia assai perplessi, visto che quelle norme segnalano il certo rilievo giuridico dello stabile consorzio di vita, ma mai, a dispetto di quanto sostenuto dalle SS.UU. la prevalenza di quest’ultimo sul matrimonio-atto; b) l’affermazione–sulla base di quest’ultimo fallace asserto - delle ragioni del rapporto su quelle dell’atto (il matrimonio “contratto” secondo il diritto canonico, ai sensi dell’art. 8 Conc.), sulla scorta del tentativo di suffragare la sussistenza nel nostro ordinamento, e a livello internazionale e sovranazionale, d’una sorta di “super-regola” della prolungata convivenza, atta a “sanare” i vizi genetici dell’atto (o

²¹⁴ Si è affrontato il tema in F. Di Prima - M. Dell’Oglio, *L’incrinatura del principio concordatario in materia matrimoniale*, cit.; v. altresì, esemplificativamente, U. Roma, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all’inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell’ordinamento*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I (2015), p. 50 ss.; A. Sammassimo, *Il nuovo ordine pubblico concordatario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2015; M. Canonico, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche, ovvero il cammello per la cruna dell’ago*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., luglio 2015.

comunque a prescindere); c) la minimizzazione della portata della succitata previsione del Prot. Addiz. sulla "specificità dell'ordinamento canonico" (incongruamente) degradata a clausola di rilievo meramente processuale; d) e infine l'obliterazione – conseguente all'appena accennato fraintendimento - di due espressioni vivide della specificità canonica, e cioè l'imprescrittibilità delle azioni di nullità matrimoniali e la saldezza della garanzia dell'indissolubilità (assoluta) del matrimonio rato e consumato. Con la notazione a margine, a proposito di quella (supposta) "super-regola" della stabile convivenza, che la figurazione come "principio di ordine pubblico" che ne fa la Corte, i.e. d'un canone essenziale che informa l'azione del Legislatore in un certo momento storico, non solo appare già tecnicamente incongrua, risultando – per l'appunto - carente d'un effettivo addentellato normativo (né nella Carta; né nelle fonti internazionali e convenzionali); ma appare addirittura inverosimile, se solo si consideri la difficoltà mostrata in questi ultimi anni dal Legislatore italiano nell'orientarsi nel complesso tema giuridico del "vissuto matrimoniale", (difficoltà) rilevatrice – laddove ce ne fosse bisogno – dell'assenza di un canone certo di prevalenza "sistematica" delle ragioni del rapporto che funga da "stella polare" per il *Conditor iuris*: com'è dimostrato dal fatto, per tacere d'altro, che il Legislatore non ha esitato qualche anno fa ad abbreviare (ulteriormente) il tempo necessario per giungere al divorzio, rispondendo ad un'istanza, quella d'un più agevole disimpegno dal matrimonio, che anziché promuovere la saldezza del 'vissuto', casomai, ne incentiva evidentemente la "friabilità"²¹⁵.

4. Conclusioni.

Al di là delle molteplici contraddizioni che connotano l'indirizzo giurisprudenziale appena evocato (questo delle SS.UU. del 2014 che conferma un *trend* "restrittivo" dell'area della delibazione speciale *de qua*), l'aspetto problematico più eclatante – che lega il tema a quello qui in commento - è quello – per l'appunto - di apparire *anche* discordante

²¹⁵ Cfr. la l. 11 maggio 2015, n. 55, che consente di proporre la domanda di divorzio dopo dodici mesi dalla comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale nel caso di separazione giudiziale, e di sei mesi nel caso di separazione consensuale.

rispetto al principio supremo di laicità, già come focalizzato dalla Consulta prima dell'avvento di detto indirizzo (i.e. come cardine che favorisce, nel rispetto della distinzione degli ordini (art. 7, I co. Cost), l'assunzione di contegni ed interpretazioni *ex parte Status* volti a promuovere e presidiare lo "specifico religioso" di ciascuna Confessione) e vieppiù come focalizzato appresso, negli ultimi anni, con un "verso" *effettivamente* cooperativo, che trova nelle regole pattizie (poste a garanzia delle "specificità" interessate) uno strumento cruciale, atto a confermare e 'amplificare' la garanzia di base della libertà religiosa con la concessione, ad es., di "*particolari vantaggi*" e conferendo rilevanza, nell'ordinamento statale a *specifici atti propri della confessione religiosa*». L'indirizzo in parola, invece, facendo propria una nozione di laicità del tutto differente, di stampo "separatista", all'opposto *minimizza* le specificità canonistiche investite nella materia, come il rilievo "capitale" della riserva di giurisdizione ecclesiastica, l'imprescrittibilità delle azioni di nullità matrimoniali e la cogenza del principio (anch'esso cardine di quel sistema) dell'indissolubilità del matrimonio rato e consumato: conseguentemente sottovalutando il detrimento di libertà che patisce il coniuge cattolico, che può essere indotto – una volta sbarrata la strada del riconoscimento della sentenza di nullità - a ricorrere alla scelta estrema di ricorrere al divorzio civile, in spregio del dovere che su di esso incombe, in quanto credente, di non addivenire a questa risoluzione. Con l'esito ultimo, assai preoccupante, che produce quest'indirizzo, d'incrinare – insieme alla coerenza e la *rationabilitas* interordinamentale che informano il sistema deliberatorio del 1984 – la solidità dello stesso assetto concordatario: facendo, così, apparire quanto mai urgente un'auspicabile attivazione delle Alte Parti, a presidio di questo stesso assetto, incanalantesi nel percorso prefissato dall'art.14 Conc., quello cioè della "composizione amichevole" affidata ad un'apposita "*Commissione paritetica*, chiamata a sciogliere le "*difficoltà*" interpretative/applicative del caso.

Orbene, l'attivarsi d'un dinamismo siffatto potrebbe dar luogo a un'occasione per riflettere, a margine, sul tema "parallelo" – oggetto dell'analisi critica sin qui svolta - dell'effettiva perdurante validità delle ragioni che hanno reso privo quello stesso "assetto concordatario" d'una norma sul riconoscimento dello scioglimento canonico del "matrimonio inconsumato". Una volta infatti posto in luce, in quella sede, il punto

dolente apicale dell'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite delle norme pattizie in materia processual-matrimoniale, i.e. l'adozione, a monte, d'una accezione "unilateralista" della laicità confliggente con quella "dinamico-cooperativa" posta in luce nel tempo dalla Consulta, potrebbe evidenziarsi, al contempo, il fatto che – in estrema sintesi – appare essere questo, a ben vedere, il (principale) nodo che ha condotto, nel 1984, ad un testo – come detto – "mutilo" d'una previsione contemplante il rilievo giuridico civile delle *dispense super rato*, giacché - come posto in luce – proprio secondando quella medesima sorpassata accezione (si direbbe "Ottocentesca") della laicità statale, i negoziati per la revisione del Concordato prima, e la sentenza del 1982 della Consulta dopo, hanno conosciuto un "decisivo" condizionamento; avendo guardato la delegazione statale nel primo caso, e i Giudici della Corte nel secondo, a quella previsione semplicemente come un'anomalia destabilizzante l'ideologica figurazione del predominio statale sulla regolazione del "rapporto"; e portando così – da una parte - quegli stessi Giudici a compiere uno scrutinio formalistico, che sottovaluta il tasso peculiare di "giurisdizionalità" che connota la procedura *super rato*; e dall'altra la Parte statale a (mantenere lo *status quo*, così da) secondare il responso della Corte, concordandone il "sofferto" avallo con la Santa Sede, onde non turbare l'assetto faticosamente raggiunto in una materia così delicata come quella matrimoniale. Un problema alla radice, questo (della prospettiva "ideologica" assunta), che accomuna i due casi *parallelamente critici* (questo qui, della mancanza d'una previsione pattizia sul riconoscimento civile dello scioglimento canonico *de quo*; l'altro, delle norme sulla delibazione speciale dell'84 interpretate sempre più restrittivamente) che non a caso conducono entrambi a minimizzare le anzidette basilari specificità della disciplina matrimoniale canonica.

E a tal proposito, laddove si desse effettivamente tale surriferita occasione d'incontro "chiarificatrice" (ossia quella prefigurata dall'art.14 Conc.), si potrebbe, segnatamente, dare un'opportunità per richiamare, da una parte, le innovazioni surriferite datesi in questi anni nell'ordinamento ecclesiale atte a portare ulteriore "luce" sulla specificità della procedura *super Rato* (e in particolare quelle relative alla peculiare "giurisdizionalizzazione" apportata dal m.p. *Quaerit semper* nel 2011), nel suo porsi quale strumento posto a salvaguardia del bene spirituale dei fedeli; e, d'altra parte, l'attitudine di "servizio" e garantista verso

queste specifiche esigenze, focalizzata in questi anni dalla giurisprudenza costituzionale, che dev'essere fatta propria da parte delle istituzioni repubblicane anzitutto nella fase cruciale della regolazione pattizia del fatto religioso, onde secondare il principio di laicità, per scongiurarne la riduzione a mero cardine difensivo della sovranità statale (rispetto all'emersione di valori confessionali), e incentivarne -invece- la funzione di principio promotore d'una cooperazione Stato/Chiese atta a riconoscere e difendere, con lo strumento pattizio, dette specifiche esigenze confessionali, a cominciare da quelle che segnano il "diritto alla differenza" identitaria²¹⁶, (anche)nel modo di rispondere alle istanze basilari dei propri fedeli.

Ma anche nel caso in cui latitasse l'opportunità d'incontro in parola – quella per l'appunto prefigurata dall'art.14 Conc, valevole *ex se* a sciogliere i nodi sull'interpretazione del testo vigente in materia processual-matrimoniale – non v'è dubbio che un'occasione di confronto sull'anzidetto tema "parallelo" – quello figurante i termini d'un ipotetico ritorno d'una clausola pattizia sul riconoscimento dello scioglimento canonico *de quo* - potrebbe darsi (alla luce dei pertinenti spunti "chiarificatori" *supra* illustrati) anche *a prescindere* da quest'eventualità: e non già solo perché è insito nel rapporto concordatario il potere di attivazione di ciascuna delle Parti a fronte dell'esigenza (avvertita nel tempo, anche solo da una di esse) di rivedere "parti del testo pattizio"²¹⁷; ma anche per dare eventuale specifica attuazione, anche in questo campo (dei dinamismi di negoziazione bilaterale) al principio di collaborazione reciproca fissato all'art.1 Conc (che peraltro, come rimarcato da Papa Francesco, nel suo declinarsi dell'esperienza giuridica "esprime" e "promuove" la particolare laicità "dinamico-cooperativa" italiana²¹⁸): visto che si tratta d'un tema – quello in esame - che nell'incidere direttamente sulla libertà religiosa, comunque attiene più in generale – nei termini surriferiti – alla promozione della "persona umana" (inquadrata in un momento di

²¹⁶ G. Dalla Torre, *Le caratteristiche proprie dell'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto accolte dalla legge n. 222 del 20 maggio 1985 e la loro "ratio" nell'orizzonte della libertà religiosa*, in *Ex-lege*, III-IV (2010), p. 89.

²¹⁷ C. Cardia, *Stato e Confessioni religiose. Il regime pattizio*, Bologna 1988, pp. 381-382.

²¹⁸ V. *Discorso del Santo Padre Francesco*, 10 giugno 2017, cit. (v. *supra*, nota n.4).

grande difficoltà esistenziale). Un'attivazione, questa, il cui effettivo svolgersi risulterebbe pienamente conducente, infine, rispetto alla connotazione dell'attuale assetto concordatario italiano, scevra da condizionamenti ideologici, e che pone in primo piano (non più i fini di "terrena potenza"²¹⁹, bensì) la preoccupazione per i benefici immediatamente ricavabili dai cittadini, nel soddisfacimento di determinate esigenze religiose: nella ("fiduciosa") propensione, decisamente salubre, alla caduta di limitazioni di libertà non più giustificate.

Abstract: The *Concordato lateranense*, as modified in 1984, no longer includes a provision on the recognition of the civil effects of dispensations *super rato*: and this is mainly due to political-ideological constraints which affect both the (bilateral) path of revision, and the concurrent intervention of the Constitutional Court (decision No. 18/1982) which endorses (while negotiations were still ongoing) the theory underpinning those constraints (the State's 'domination' over the regulation of the marital relationship), while examining the *super rato* procedure in a formalistic way and stating that judicial protection is not sufficiently guaranteed. Firstly, the present paper deals with the origin, the extent and the incidence of these constraints in leading to the removal of the aforesaid provision; highlighting, hereinafter, the resulting (contradictions and) contrasts, due to such removal, with respect to the axiology, the philosophy and the purposes of the Agreement of Villa Madama. Afterwards, the essay carries out a nimble examination of the innovations/developments occurring - after the conclusion of the Agreement - in the two (respective) legal systems, which facilitate (in various aspects) a more complete delineation of the specificity of the *super rato* procedures (and of the effective extent of the guarantees provided therein); emphasizing, with regard to the Italian legal system, the key developments in case law that appear to indicate - in many ways - the urgency of a complete dispelling of that persistent "shadow" (of political-ideological kind) burdening the Agreement.

Keywords: Concordato Lateranense; Agreement of Villa Madama; recognition of the civil effects of dispensations *super rato*; Constitutional Court; specificity of the *super rato* procedures

²¹⁹ Rimandando alla citazione operata da L. De Luca (*Diritto ecclesiastico e sentimento religioso*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. I, Milano, 1963, p. 405) della frase stesa da G. Gentile "dopo pochi mesi dalla Conciliazione" in seno all'articolo pubblicato il 4 settembre 1929 dal *Corriere della Sera*, recante il titolo "Fuori dall'equivoco".

Manuel Ganarin

*Assegnista di ricerca in diritto ecclesiastico e canonico, Alma Mater
Studiorum, Università degli Studi di Bologna*

**L'ampliamento dell'ordine episcopale del Collegio cardinalizio:
la cooptazione di quattro porporati equiparati ai Cardinali
Vescovi (*rescriptum ex audientia SS.mi* del 26 giugno 2018)***

**The enlargment of the Episcopal order of the Cardinals College:
the cooptation of four Cardinals equated to the Cardinal
Bishops (*rescriptum ex audientia SS.mi* of 26 giuny 2018)**

Sommario: 1. Il rescritto pontificio quale *lex singularis*. Una concisa riflessione preliminare. – 2. Le innovazioni strutturali apportate al Collegio cardinalizio nel corso del XX secolo. – 2.1. Gli interventi riformatori promossi da Giovanni XXIII e da Paolo VI. – 2.2. La progettata soppressione dei tre ordini cardinalizi (e la risoluzione pontificia contraria) nella fase di revisione del Codice piano-benedettino. – 2.3. La portata essenzialmente ricognitiva dei canoni sui Cardinali di Santa Romana Chiesa nel *Codex Iuris Canonici* del 1983. – 3. Le ragioni poste alla base del *rescriptum* di Francesco. – 3.1. La rilevanza funzionale degli ordini cardinalizi durante la vacanza della Sede Apostolica. L'applicabilità della costituzione apostolica *Universi Dominici Gregis*. – 3.2. La valorizzazione di un '*coetus restrictus*' di Cardinali di provenienza curiale ai quali affidare la conduzione del conclave. – 4. Criticità della soluzione adottata (e qualche proposta di riforma risolutiva). – 4.1. La 'staticizzazione' della composizione dell'ordine dei Vescovi del Collegio cardinalizio... – 4.2. ...e la menomazione della *romanitas* del consesso elettorale (e dunque dell'elezione pontificia). – Appendice. *Rescriptum ex audientia Ss.mi: Rescritto del Santo Padre Francesco con cui ha deciso di cooptare nell'Ordine dei Vescovi, equiparandoli in tutto ai Cardinali insigniti del titolo di una Chiesa suburbicaria, i Cardinali Parolin, Sandri, Ouellet e Filoni.*

1. Il rescritto pontificio quale lex singularis. Una concisa riflessione preliminare

Nell'udienza del 26 giugno 2018 concessa al Sostituto per gli affari generali della Segreteria di Stato, Angelo Becciu¹, Papa Francesco ha

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

disposto che tre Cardinali presbiteri ed un Cardinale diacono fossero cooptati nell'ordine episcopale del Collegio cardinalizio e giuridicamente equiparati ai Cardinali Vescovi ai quali è assegnato il titolo di una chiesa suburbicaria. Il provvedimento, reso immediatamente di pubblico dominio nel *Bollettino* telematico della Sala stampa della Santa Sede², è stato promulgato nella forma 'straordinaria' prevista dal can. 8, § 1 del *Codex Iuris Canonici* per mezzo della sua pubblicazione nell'edizione del 27 giugno 2018 del quotidiano *L'Osservatore romano*³, entrando in vigore il giorno successivo⁴.

Del rescritto, di cui si cercherà in questa sede di individuare tanto le implicazioni giuridiche quanto, soprattutto, le ragioni fondanti, pare opportuno porre anzitutto in risalto le specificità in ordine al posizionamento nel sistema delle fonti dello *ius Ecclesiae*.

Il tipo di atto adottato e la promulgazione cui si è fatto ricorso rivelano senza ombra di dubbio come, sul piano formale, Francesco abbia esercitato la *potestas legislativa*. D'altra parte, il *rescriptum ex audientia Sanctissimì* consta di una sorta di certificazione 'notarile' che attesta per iscritto una risoluzione disposta oralmente dal Romano Pontefice. Una simile certificazione, effettuata da colui che è stato ricevuto in udienza – solitamente un capo dicastero della Curia romana –, persegue il fine di positivizzare la *voluntas legislatoris* in un atto ascrivibile al novero delle leggi ecclesiastiche. Non si tratterebbe dunque di un rescritto in senso proprio, ossia di un atto amministrativo singolare con il quale l'autorità esecutiva, su petizione di qualcuno, concede un privilegio, una dispensa, un'altra grazia (can. 59, § 1) o, se non consta altrimenti, una licenza e un

¹ Angelo Becciu di recente è stato elevato alla dignità cardinalizia da Francesco nel concistoro ordinario pubblico del 28 giugno 2018; e a seguito dell'annuncio, il 20 maggio 2018, della sua imminente celebrazione è stato nominato sei giorni dopo nuovo Prefetto della Congregazione per le cause dei santi (cfr. i rispettivi bollettini della Sala stampa della Santa Sede, consultabili in <https://press.vatican.va>).

² Cfr. il *Bollettino* della Sala stampa della Santa Sede del 26 giugno 2018, consultabile in <https://press.vatican.va>. Il rescritto riporta nella versione *online* la seguente intitolazione: «RESCRIPTUM EX AUDIENTIA SS.MI: Rescritto del Santo Padre Francesco con cui ha deciso di cooptare nell'Ordine dei Vescovi, equiparandoli in tutto ai Cardinali insigniti del titolo di una Chiesa suburbicaria, i Cardinali Parolin, Sandri, Ouellet e Filoni».

³ Cfr. *L'Osservatore romano*, 27 giugno 2018, p. 7.

⁴ Così dispone la formula promulgatoria posta a chiusura del rescritto papale: «Il presente Rescritto sarà promulgato tramite pubblicazione su "L'Osservatore Romano", entrando in vigore il 28 giugno 2018, e quindi pubblicato sugli *Acta Apostolicae Sedis*».

oraculum vivae vocis (§ 2)⁵, posto che la suprema autorità della Chiesa non ha inteso avvalersi della *potestas exsecutiva*.

L'accostamento del *rescriptum ex audientia* agli atti amministrativi singolari di cui al Libro I del Codice (cann. 35-93) potrebbe tuttavia ipotizzarsi in relazione al contenuto. A ben vedere l'atto pontificio non contempla infatti una norma generale ed astratta, munita dei crismi tipici delle fonti legislative. Da un lato, esso presenta la caratteristica della singolarità, in quanto è rivolto non alla comunità dei *christifideles* ma solamente a quattro destinatari ben individuati – i Cardinali Pietro Parolin, Leonardo Sandri, Marc Ouellet e Fernando Filoni⁶ –; dall'altro, introduce una norma concreta, dispiegando un effetto giuridico immediato⁷, ossia l'«assimilazione» *in iure* ai Cardinali Vescovi dei porporati espressamente menzionati. Quanto stabilito dal Romano Pontefice pertanto difetta di astrattezza, perché non è stata introdotta una fattispecie nella quale poter sussumere un caso verificabile in futuro⁸. I tratti di singolarità e di concretezza che contraddistinguono il rescritto *de quo* sembrano quindi attestarne la divaricazione tra l'intitolazione formale e la statuizione materiale, tanto da avvicinare il rescritto *ex audientia* alla categoria della «norma singolare», espressione coniata dalla canonistica allo scopo di identificare un atto amministrativo emanato in deroga alle prescrizioni legislative per ragioni di giustizia afferenti al *bonum commune Ecclesiae*⁹. Segnatamente emergono, palmari, le somiglianze tra il rescritto del 26 giugno 2018 e il privilegio, una grazia concessa mediante atto peculiare (il rescritto) dal legislatore o dall'autorità esecutiva cui il legislatore medesimo abbia conferito tale potestà in favore di persone fisiche o giuridiche determinate (can. 76, § 1).

⁵ In argomento si veda E. Mazzuchelli, *Rescriptum ex audientia*, in J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (ed.), *Diccionario general de derecho canónico*, vol. VI, Cizur Menor (Navarra) 2012, pp. 960-961.

⁶ Notiamo che il rescritto è stato formalmente redatto dal Sostituto per gli affari generali della Segreteria di Stato anziché dal Segretario di Stato, in quanto quest'ultimo rientra tra i soggetti beneficiari dell'atto pontificio.

⁷ Si tenterà di dimostrare tuttavia nel prosieguo come dal rescritto scaturiscano ulteriori effetti giuridici indiretti (cfr. *infra*, § 3.1).

⁸ Cfr. E. Baura, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Roma 2013, pp. 175-176.

⁹ Cfr., per esempio, E. Baura, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, cit., p. 159; G. Dalla Torre, *Lezioni di diritto canonico*, 5ª ed., Torino 2018, p. 162.

Come noto, il privilegio è dato *praeter* o *contra legem* per migliorare la condizione pregressa nella quale versano una o più persone, conferendo un *favor* consistente in una situazione giuridica soggettiva attiva (diritto, facoltà, potestà) del tutto inedita, che sino a quel momento il diritto comune non riconosceva ai beneficiari del provvedimento amministrativo¹⁰. Non dissimilmente Francesco ha migliorato lo *status* giuridico dei Cardinali cooptati nell'ordine episcopale del Collegio cardinalizio: in effetti, questi ultimi attualmente possono avvalersi di diritti o di facoltà di cui non sarebbero titolari in forza della loro appartenenza originaria agli ordini cardinalizi dei presbiteri e dei diaconi. Un apporto migliorativo conseguito attraverso la deroga esplicita a talune prescrizioni del Codice di Diritto Canonico che disciplinano la tripartizione in *ordines* del Collegio dei Cardinali (can. 350, §§ 1 e 2) e la voce attiva e passiva in merito alla provvisione degli uffici di Decano e di Sottodecano del Collegio stesso (can. 352, §§ 2 e 3). Il rescritto pontificio perciò non si colloca armonicamente nel sistema normativo, prospettando un favore perpetuo (cfr., per analogia, can. 78, § 1) la cui stabilità si rende necessaria per fare in modo che il bene pubblico della Chiesa possa trarre, seppure indirettamente, un qualche giovamento¹¹ nei termini che si tenterà di illustrare appresso¹². Ma oltre alla contrarietà alla legge canonica e alla perpetuità dell'atto di concessione, il rescritto possiede un ulteriore elemento distintivo proprio del privilegio: quello della personalità, tant'è che l'equiparazione in esso prevista potrebbe venire meno – invero non solo integralmente ma anche parzialmente – per morte di uno o più (se non di tutti i) soggetti beneficiari (cfr., per analogia, can. 78, § 2) o per mutamento delle circostanze che a suo tempo ne giustificarono la concessione, in modo tale che a giudizio dell'autorità competente il suo uso diventi illecito o risulti dannoso (cfr., per analogia, can. 83, § 2: si pensi alla privazione della dignità cardinalizia quale misura sanzionatoria); o, ancora, per riduzione o esaurimento del numero dei

¹⁰ Cfr., per esempio, E. Labandeira, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, pp. 332-337; nonché E. Baura – J. Canosa, *Il contenuto dei rescritti: grazia, privilegio e dispensa*, in J. Miras – J. Canosa – E. Baura, *Compendio di diritto amministrativo canonico*, Roma 2007, pp. 269-270.

¹¹ In merito al *favor* di cui beneficerebbe anche la comunità ecclesiale cfr. J. Canosa, *Privilegio*, in J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (ed.), *Diccionario general de derecho canónico*, vol. VI, cit., p. 475.

¹² Cfr. *infra*, § 3.2.

casi per i quali fu concesso (cfr., sempre per analogia, can. 83, § 1)¹³: un'eventualità, questa, prospettabile quando, per esempio, il Papa decida di confermare l'incorporazione nell'ordine dei Vescovi di uno o più Cardinali cooptati, agendo in ossequio al diritto universale tramite l'assegnazione del titolo di una chiesa suburbicaria divenuto vacante, ponendo fine per causa sopravvenuta alla ragione fondante l'equiparazione anteriormente disposta.

Al di là delle similitudini tra i due istituti, la divergenza tra il rescritto qui esaminato e il privilegio permane, come già riscontrato, sul piano potestativo: se il primo discende dalla potestà legislativa, il secondo figura quale estrinsecazione dalla potestà esecutiva. Alla luce della distinzione delle funzioni di governo operata dal Codice del 1983, un *favor* concesso mediante una norma generale non può essere definito tecnicamente un privilegio quale 'norma singolare' di natura esecutiva¹⁴. Ma prescindendo in questa sede dal dibattito che ha animato la canonistica circa la natura giuridica del privilegio¹⁵, la qualifica ad esso attribuita di atto amministrativo non preclude la possibilità che il legislatore accordi un beneficio anche *per modum legis*, emanando una *lex singularis* che non è evidentemente sottoposta al regime codiciale né del rescritto (cann. 59-75) né del privilegio (cann. 76-84)¹⁶. Ciò è quanto accaduto con il rescritto *ex audientia Sanctissimi* del 26 giugno 2018, con il quale il Romano

¹³ Sulla classificazione dei privilegi rinviamo a E. Labandeira, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., pp. 348-349.

¹⁴ Cfr. J. Canosa, *Privilegio*, cit., p. 474.

¹⁵ Basti qui richiamare, esemplificativamente, le perplessità che manifestava P. Lombardía, *Sub can. 76*, in J.I. Arrieta (a cura di), *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, 5ª ed., Roma 2015, pp. 112-113, secondo il quale «A prima vista, la collocazione sistematica» dei canoni sul privilegio nel Codice «sembrerebbe suggerire che il legislatore consideri il privilegio come un atto amministrativo: di fatto, però, l'analisi delle norme concrete che ne regolano la disciplina induce a dubitare del fatto che questo istituto abbia perso la sua tradizionale natura di 'legge privata concessa con intenzione benevola', ossia di atto del legislatore destinato ad un soggetto concreto – norma singolare – che, avendo il valore di regola di diritto oggettivo, attribuisce situazioni giuridiche soggettive attive, delle quali chi beneficia del privilegio non sarebbe titolare, se il legislatore non avesse provveduto a modificare in tal senso l'ordinamento giuridico». Ricostruisce il dibattito dottrinale I. Zuanazzi, *Praesis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonía della Chiesa*, Napoli 2005, pp. 534-537.

¹⁶ *Ivi*, p. 542 e nt. 174.

Pontefice ha posto una norma legislativa, sostanzialmente singolare e concreta invece che generale ed astratta.

2. Le innovazioni strutturali apportate al Collegio cardinalizio nel corso del XX secolo

Allo scopo di comprendere appropriatamente la portata dell'intervento di Francesco, nonché le motivazioni che lo hanno sospinto ad 'immettere' mediante equiparazione tre Cardinali presbiteri ed un Cardinale diacono nell'ordine dei Vescovi del Collegio cardinalizio, riteniamo utile a questo punto ripercorrere le tappe del percorso riformatore che ha in parte innovato la conformazione strutturale ed organica del Collegio stesso nel corso del XX secolo. Un *excursus* storico-giuridico che a nostro avviso permetterà, nel prosieguo della trattazione, di porre in evidenza come Papa Bergoglio per taluni aspetti abbia confermato e rivalutato la suddivisione tradizionale in tre ordini del *coetus* di porporati, non introducendo elementi di rottura rispetto a quanto disposto in passato dai suoi predecessori nell'ufficio petrino.

2.1. Gli interventi riformatori promossi da Giovanni XXIII e da Paolo VI

Nel capitolo III («De Sanctae Romanae Ecclesiae Cardinalibus») della sezione II («De clericis in specie») della parte prima («De clericis») del libro II («De personis») del Codice di Diritto Canonico del 1917 (in seguito: CIC17), dopo avere premesso che i Cardinali costituivano il senato del Romano Pontefice per assisterlo come consiglieri e collaboratori principali nel governo della Chiesa (can. 230), si ribadiva la disciplina radicata nella tradizione canonica circa la tripartizione del Sacro Collegio e la predeterminazione del numero fisso dei membri di ciascun ordine di Cardinali¹⁷.

¹⁷ Per un'analisi complessiva delle disposizioni sui Cardinali del Codice piano-benedettino (cann. 230-241) cfr., per esempio, F.X. Wernz – P. Vidal, *Ius canonicum*, t. II, *De personis*, 3^a ed., Romae 1943, nn. 464-479, pp. 540-559; M. Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum*, vol. I, *Normae generales – De Clericis – De Religiosis – De Laicis*, 3^a ed., Taurini 1950, nn. 321-326, pp. 379-390; E.F. Regatillo, *Institutiones iuris canonici*, vol. I, *Pars praeliminaris Normae generales De personis*, 5^a ed., Santander 1956, nn. 405-416, pp. 299-304. Più di recente, si veda anche F. Blasigh, *Il Sacro Collegio cardinalizio vigente il Codex Iuris*

Secondo la ricostruzione storiografica maggioritaria, il cardinalato è un'istituzione ecclesiastica che avrebbe conosciuto un graduale processo di formazione e di consolidamento a partire dal medioevo¹⁸, nonostante persistano ancora oggi incertezze in merito alle fasi che ne hanno scandito la parabola evolutiva¹⁹. In particolare suole ritenersi che gli ordini del *coetus* cardinalizio discendano da tre distinte figure di 'ausiliari' del Vescovo di Roma, i quali lo aiutavano nella trattazione delle questioni di governo e nelle celebrazioni liturgiche specialmente quando si affermò in Occidente il primato pontificio. In primo luogo vi era il *presbyterium*, che riuniva i sacerdoti incardinati nelle chiese più importanti di Roma – denominate *tituli* –, dai quali deriverebbe l'ordine dei Cardinali presbiteri. L'ordine dei Cardinali diaconi, invece, trarrebbe le sue origini sia dal gruppo dei diaconi regionari, ai quali era affidata per la gestione delle opere di carità la direzione delle regioni, circoscrizioni amministrative con le quali era suddiviso il territorio della città di Roma; sia dal gruppo dei diaconi palatini, che prestavano servizio liturgico presso la corte pontificia. Infine, alcuni Vescovi preposti alle diocesi più vicine a quella di Roma figuravano tra i consultori principali del Pontefice, risultando integrati nel clero romano tramite incardinazione nella cattedrale papale, tanto da prestare un regolare servizio liturgico ebdomadario. Tali Vescovi, che rappresentarono il primigenio ordine episcopale dei Cardinali, reggevano le rispettive diocesi dette suburbicarie: sebbene vi siano stati in passato molteplici interventi di accorpamento e di scorporamento²⁰, attualmente il loro numero è di sette e corrispondono alle sedi episcopali di Albano, Frascati, Ostia, Palestrina,

Canonici del 1917, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 17 (2016), pp. 1 e ss.

¹⁸ Per una ricostruzione storica sulla genesi del cardinalato cfr., a titolo meramente esemplificativo, A. Molien, *Cardinal*, in R. Naz (éd.), *Dictionnaire de droit canonique*, vol. II, Paris 1937, coll. 1310-1313; G. Olivero, *Cardinali*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, Torino 1958, p. 950; A. García y García, *Historia del derecho canónico*, vol. I, *El Primer Milenio*, Salamanca 1967, pp. 355-357; J.-B. d'Onorio, *Le pape et le gouvernement de l'Église*, Paris 1992, pp. 417-418; R. Sobanski, *Il concilio ecumenico il sinodo dei vescovi il collegio cardinalizio*, in AA.VV., *Collegialità e primato. La suprema autorità della Chiesa*, Bologna 1993, pp. 112-113.

¹⁹ Così J. Gaudemet, *Storia del diritto canonico*. *Ecclesia et Civitas*, Cinisello Balsamo (MI) 1998, p. 296.

²⁰ Per una ricostruzione storica di tali interventi cfr. A. Rossi, *Il Collegio cardinalizio*, Città del Vaticano 1990, pp. 195-197.

Porto-Santa Rufina, Sabina-Poggio Mirteto e Velletri-Segni²¹. Inizialmente dunque la distinzione tra gli ordini cardinalizi ebbe una duplice valenza, non soltanto ‘sacramentale’, relativamente cioè all’ordine ricevuto, ma altresì funzionale²², anche se nel secondo millennio prevalse l’apporto consultivo al papato dato dai Cardinali, al punto da allentare significativamente il vincolo che li univa alle diocesi suburbicarie, ai titoli e alle diaconie cardinalizie: dall’XI secolo, infatti, i Cardinali contribuirono precipuamente in forma collegiale al *regimen Ecclesiae* sia nel concistoro per coadiuvare il Pontefice regnante, sia durante la vacanza della Sede Apostolica per provvedere all’elezione del nuovo Papa, mentre ad alcuni Vescovi ed ecclesiastici fu conferita la dignità cardinalizia ancorché risiedessero fuori Roma²³.

Quanto al numero dei componenti, nel Codice del 1917 fu recepita la costituzione *Postquam* del 3 dicembre 1586 di Papa Sisto V²⁴, ispirata ad un passo veterotestamentario²⁵. Il Collegio dei Cardinali pertanto doveva comporsi di settanta porporati, così distribuiti: sei Cardinali Vescovi posti a capo delle sedi episcopali suburbicarie; cinquanta Cardinali presbiteri e quattordici Cardinali diaconi, ai quali il Papa assegnava rispettivamente un titolo e una diaconia nell’Urbe (can. 231, §§ 1 e 2). Il Codice prevedeva ulteriori disposizioni tanto sulla struttura interna del Collegio quanto sui diritti e le prerogative dei singoli porporati, differenziati tuttavia a seconda dell’ordine cui erano stati ascritti. Così, a favore dei Cardinali degli ordini presbiterale e diaconale il legislatore riconosceva la facoltà, esercitabile mediante opzione in concistoro approvata dal Romano Pontefice, di transitare o da un titolo ad un altro dell’ordine presbiterale o

²¹ Cfr. *Annuario pontificio per l’anno 2018*, Città del Vaticano 2018, p. 105*.

²² Così evidenzia C. Cardia, *Il governo della Chiesa*, 3^a ed., Bologna 2002, p. 100. Annota sul punto G. Sciacca, *Título cardenalicio*, in J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (ed.), *Diccionario general de derecho canónico*, vol. VII, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 597: «La división del colegio cardenalicio, desde su inicio y aún vigente [...], entre tre órdenes -episcopal, presbiteral y diaconal- deriva dal hecho que los cardenales constituían el núcleo original, con diferentes grados y funciones, del clero romano».

²³ Cfr. P. Paschini, *Cardinale*, in *Enciclopedia cattolica*, vol. III, Città del Vaticano 1949, p. 780.

²⁴ Cfr. P. Gasparri (a cura di), *Codicis Iuris Canonici fontes*, vol. I, Typis polyglottis vaticanis 1923, n. 159, pp. 286-293.

²⁵ «Il Signore disse a Mosè: “Radunami settanta uomini tra gli anziani d’Israele, conosciuti da te come anziani del popolo e come loro scribi; conducili alla tenda del convegno; vi si presentino con te”» (Numeri 11, 16).

da una diaconia ad un'altra dell'ordine diaconale o, infine, di passare dall'ordine dei diaconi a quello dei presbiteri laddove un Cardinale risultasse ininterrottamente aggregato per dieci anni all'ordine dei diaconi (can. 236, § 1)²⁶. I Cardinali presbiteri, inoltre, in considerazione della priorità di promozione al cardinalato potevano optare per una sede suburbicaria divenuta vacante, se presenti in Curia o temporaneamente assenti per il disbrigo di un affare loro affidato dal Romano Pontefice, facendo ingresso perciò nell'ordine dei Cardinali Vescovi (can. 236, § 3). Per questi ultimi, invece, era proibito optare per una diversa sede suburbicaria, mentre colui che ricopriva l'ufficio di Decano del Sacro Collegio cumulava la titolarità della sua diocesi con quella di Ostia (can. 236, § 4)²⁷. Secondo quanto previsto dal can. 237, il Decano presiedeva il Collegio cardinalizio, figurando però solo quale *primus inter pares* nei confronti degli altri Cardinali, sui quali non esercitava giurisdizione alcuna. Egli corrispondeva *ipso iure* al Cardinale Vescovo promosso per primo a una sede suburbicaria (§ 1); a lui succedeva, sempre per il diritto stesso e sulla base dello stesso criterio di promozione, il Sottodecano (§ 2). Nel sistema anteriore, dunque, la scelta di una parte dei membri degli ordini dei presbiteri e dei Vescovi era sottratta alla decisione discrezionale del papa; e le modalità con le quali si procedeva alla provvista dell'ufficio di Decano e al transito all'ordine episcopale, incentrate sul criterio dell'anzianità di promozione, faceva sì che l'età media dei Cardinali Vescovi fosse piuttosto elevata. Ciascuno di essi peraltro esercitava la stessa potestà con la quale i Vescovi residenziali governavano le rispettive diocesi (can. 240, § 1), mentre nei titoli e nelle diaconie ai Cardinali dell'ordine presbiterale e diaconale spettava tutto ciò che competeva all'Ordinario del luogo nella sua chiesa, «exceptis ordine iudiciorum et qualibet iurisdictione in fideles, sed salva potestate in iis quae ad disciplinam, morum correctionem, servitium ecclesiae pertinent» (can. 240, § 2).

²⁶ Secondo un'interpretazione autentica, tuttavia, il Cardinale diacono otteneva il diritto di precedenza anche nell'ipotesi in cui fosse transitato all'ordine presbiterale prima di aver trascorso un decennio nell'ordine diaconale. Cfr. Pontificia Commissio ad Codicis canones authentice interpretandos, *Responsa ad proposita dubia. De privilegiis S.R.E. Cardinalium*, 29 maggio 1934, in *Acta Apostolicae Sedis* (in seguito: A.A.S.), XXVI (1934), p. 493.

²⁷ Cfr. Pio X, *Motu proprio* Edita a nobis *de Dioecesibus Suburbicariis*, 5 maggio 1914, in A.A.S., VI (1914), pp. 219-220.

Dalla lettura del can. 239, infine, poteva evincersi un tratto qualificante la dimensione funzionale del Sacro Collegio, nel senso che l'appartenenza ad un ordine cardinalizio piuttosto che ad un altro rilevava specialmente nel corso del processo elettorale che, una volta concluso, poneva fine al periodo transitorio di vacanza dell'ufficio petrino: se il Cardinale Decano o, in caso di sua assenza, il Sottodecano o il Cardinale Vescovo più anziano godeva del privilegio di ordinare e consacrare il neoeletto «si hic ordinatione vel episcopali consecratione indigeat» (§ 2), il Cardinale Protodiacono, vale a dire il più anziano per promozione al cardinalato dell'ordine diaconale²⁸, aveva il compito di annunciare al popolo il suo nome (§ 3).

Nella seconda metà del XX secolo i Sommi Pontefici Giovanni XXIII e Paolo VI apportarono importanti innovazioni alla conformazione strutturale del Collegio perché rispondesse più adeguatamente alle necessità dei tempi. Segnatamente i provvedimenti assunti potrebbero ricondursi a tre macrocategorie che riflettono un elemento causale comune posto alla loro base.

In una prima categoria vi sono gli interventi che 'internazionalizzarono' il Collegio dei Cardinali affinché esprimesse in modo più confacente la nota di universalità della Chiesa: radunando porporati provenienti da ogni continente in un'epoca contrassegnata dall'espansione del cattolicesimo e dall'incremento della popolazione mondiale²⁹. In tale prospettiva può comprendersi il superamento di cinque unità del limite sistino di settanta Cardinali (can. 231, § 1 CIC17), disposto da Giovanni XXIII nel concistoro segreto del 15 dicembre 1958³⁰, con conseguente attribuzione di ulteriori titoli e diaconie cardinalizie³¹; così come, analogamente, il 'posto singolare' riservato nel Collegio cardinalizio ai Patriarchi orientali, alcuni dei quali a tutt'oggi sono integrati nell'ordine episcopale pur conservando il titolo della loro sede patriarcale. Essi pertanto non sono insigniti del titolo di una diocesi suburbicaria e non fanno parte del clero dell'Urbe (*motu proprio Ad purpuratorum Patrum Collegium* dell'11 febbraio 1965,

²⁸ Su questa figura cfr. G. Sciacca, *Protodiácono [cardenal]*, in J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (ed.), *Diccionario general de derecho canónico*, vol. VI, cit., pp. 606-607.

²⁹ Cfr. A. de la Hera, *La reforma del Colegio cardenalicio bajo el pontificado de Juan XXIII*, in *Ius canonicum*, II (1962), pp. 688-689.

³⁰ Cfr. A.A.S., L (1958), pp. 986-987.

³¹ Cfr. C. Seco Caro, *Regimen jurídico del Colegio cardenalicio*, in *Ius canonicum*, VIII (1968), pp. 231-232.

nn. I-II)³², assumendo una posizione che, esprimendo l'unione del tutto originale tra i Patriarchi e la Chiesa di Roma all'insegna della *sollicitudo omnium Ecclesiarum* del suo Vescovo, mira ad evitare che si congiunga «la dignità patriarcale con l'origine storica del cardinalato»³³. La vocazione universale 'effettiva' del *coetus* di Cardinali fu ulteriormente corroborata allorquando Paolo VI nel concistoro segreto del 5 marzo 1973 stabilì che non più di centoventi Cardinali (infraottantenni) avrebbero provveduto all'elezione del successore di Pietro³⁴, incrementando di cinquanta unità il numero di elettori rispetto al limite massimo previsto dal *Codex* del 1917: una norma, questa, poi riprodotta nel n. 33 della costituzione apostolica *Romano Pontifici eligendo* sulla vacanza della Sede Apostolica e l'elezione del Romano Pontefice del 1° ottobre 1975³⁵. Entro un secondo raggruppamento di atti normativi si possono riunire quelle disposizioni che accentuarono l'indole strumentale del Collegio e, in particolare, la centralità del servizio prestato dai singoli Cardinali a supporto del governo della Chiesa universale, distogliendoli dalla cura pastorale delle sedi suburbicarie, dei titoli e delle diaconie cardinalizie, tanto che il legame che li univa ad essi divenne sostanzialmente simbolico. Giovanni XXIII con il *motu proprio Suburbicariis sedibus* dell'11 aprile 1962 rifondò il sistema di governo delle diocesi suburbicarie definito dal can. 240, § 1 CIC17 al fine di liberare i Cardinali Vescovi residenti in Curia dagli incarichi che avrebbero potuto ostacolare, se non impedire la trattazione degli affari della Santa Sede (anche se fino ad

³² Cfr. Paolo VI, *Litterae apostolicae motu proprio datae Ad purpuratorum Patrum Collegium de loco Patriarcharum Orientalium in Sacro Cardinalium Collegio*, 11 febbraio 1965, in A.A.S., LVII (1965), pp. 295-296.

³³ D. Salachas – L. Sabbarese, *Chierici e ministero sacro nel Codice latino e orientale. Prospettive interecclesiali*, Città del Vaticano 2004, p. 220.

Sul legame tra i Patriarchi orientali ed il Collegio cardinalizio si veda la ricostruzione di M. Miele, *I patriarchi orientali nel collegio cardinalizio*, in R. Coppola (a cura di), *Atti del Congresso Internazionale Incontro fra canonici d'Oriente e d'Occidente*, vol. II, Bari 1994, pp. 253 e ss. (anche in Id., *I patriarchi orientali nel collegio cardinalizio* [parte prima], in S. Gherro [a cura di], *Studi sul Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, Padova 1994, pp. 117 e ss.).

³⁴ Cfr. A.A.S., LXV (1973), p. 163.

³⁵ Cfr. Paolo VI, *Constitutio apostolica Romano Pontifici eligendo de Sede Apostolica Vacante deque electione Romani Pontificis*, 1° ottobre 1975, in A.A.S., LXVII (1975), pp. 609-645.

allora erano assistiti da Vescovi ausiliari)³⁶. Si decise allora che i Cardinali promossi a una sede suburbicaria avrebbero ottenuto soltanto il nome o il titolo di essa, esclusa qualsiasi potestà di giurisdizione sulla diocesi (n. I), esercitata da un altro Vescovo appositamente nominato (n. V)³⁷ – ancora oggi rappresenta tuttavia un’eccezione la diocesi di Ostia, affidata alla cura del Cardinale Vicario per la diocesi di Roma³⁸ in qualità di amministratore apostolico³⁹ –. Allo stesso modo Paolo VI abrogò il § 2 del can. 240 CIC17, prevedendo che i Cardinali presbiteri e diaconi si limitassero a promuovere con il loro consiglio e la loro protezione il bene delle chiese di cui avevano ricevuto il titolo o la diaconia, sulle quali tuttavia non esercitavano più alcuna giurisdizione, non potendo ingerirsi nelle questioni riguardanti l’amministrazione, la disciplina, la moralità e il servizio della chiesa (*motu proprio Ad hoc usque tempus* del 15 aprile 1969, n. I)⁴⁰. Oltre ad assicurare la piena disponibilità dei porporati, Papa Montini volle ulteriormente preservare la loro attitudine a svolgere uffici ecclesiali di importanza cruciale, che poteva diminuire o venire meno con l’avanzare dell’età. Per tale ragione furono promulgati il *motu proprio Ecclesiae sanctae* (6 agosto 1966)⁴¹ ed il *motu proprio Ingravescentem aetatem* (21 novembre 1970)⁴², le cui ripercussioni sulla condizione giuridica dei Cardinali furono incisive. In essi, infatti, si pregavano rispettivamente i Vescovi diocesani e i soggetti loro equiparati (inclusi quelli elevati alla dignità cardinalizia: I, n. 11), da una parte, nonché i

³⁶ Cfr. Pio X, *Constitutio apostolica* Apostolicae Romanorum de Suburbicariis Dioecibus, 15 aprile 1910, in A.A.S., II (1910), pp. 277-281.

³⁷ Cfr. Giovanni XXIII, *Litterae apostolicae motu proprio datae* Suburbicariis sedibus de suburbicariarum dioecesium regimine, 11 aprile 1962, in A.A.S., LIV (1962), pp. 253-256.

³⁸ Ciò in forza di un decreto della Sacra Congregazione Concistoriale del 1948 (cfr. J.I. Alonso Pérez, *Suburbicarias [dióceses]*, in J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano [ed.], *Diccionario general de derecho canónico*, vol. VII, cit., p. 434).

³⁹ Cfr. *Annuario pontificio per l’anno 2018*, cit., p. 536.

⁴⁰ Cfr. Paolo VI, *Litterae apostolicae motu proprio datae* Ad hoc usque tempus iuridicae quaedam Patrum Cardinalium rationes definiuntur quoad suos Titulos vel Diaconias in Urbe, 15 aprile 1969, in A.A.S., LXI (1969), pp. 226-227.

⁴¹ Cfr. Paolo VI, *Litterae apostolicae motu proprio datae* Ecclesiae sanctae Normae ad quaedam exsequenda SS. Concilii Vaticani II Decreta statuuntur, 6 agosto 1966, in A.A.S., LVIII (1966), pp. 757-787.

⁴² Cfr. Paolo VI, *Litterae apostolicae motu proprio datae* Ingravescentem aetatem quibus Patrum Cardinalium aetas ad maioris momenti munera exercenda statuitur, 21 novembre 1970, in A.A.S., LXII (1970), pp. 810-813.

Cardinali preposti ai Dicasteri della Curia romana e ad altri organismi permanenti della Santa Sede e della Città del Vaticano (n. I), dall'altra, di presentare o spontaneamente non più tardi dei settantacinque anni compiuti o al compimento del settantacinquesimo anno di età la rinuncia al loro ufficio al Pontefice: il quale, una volta accettata, avrebbe azionato un meccanismo di ricambio dei vertici delle istituzioni ecclesiastiche apicali. Il *motu proprio* del 1970 inoltre dispiegò i suoi effetti anche con riferimento all'elezione papale, privando del diritto di eleggere il Romano Pontefice i Cardinali ottuagenari (n. II.2) – non escluso quindi il Decano, sostituito dal Sottodecano o da un altro Cardinale secondo l'ordine generale delle precedenze (n. VII) –, che avrebbero potuto partecipare soltanto alle Congregazioni generali e particolari precedenti il conclave (n. V).

Una disposizione, quella volta a delimitare il diritto di elettorato attivo, pure essa contemplata nel n. 33 della costituzione apostolica *Romano Pontifici eligendo* e che non restò immune da rilievi critici. Vi fu, infatti, chi la contestò perché contraria alla tradizione canonica e verosimilmente finalizzata a marginalizzare i porporati ostili alla stagione riformatrice del Concilio Vaticano II⁴³; e chi ne rilevò la contraddittorietà, avendo privato i Cardinali solo della voce attiva ma non anche di quella passiva⁴⁴. Comunque sia, la norma varata da Paolo VI determinò una 'scissione' nel distinguere il Collegio cardinalizio *qua talis*, cui si è assunti a vita, dal *coetus* di elettori composto dai Cardinali non ancora ottantenni⁴⁵: un *coetus*, tuttavia, il cui numero era destinato a scendere ripetutamente *ratione aetatis* al di sotto della soglia massima di centoventi unità, delineando così un sistema che indusse, ieri come oggi, il Pontefice a

⁴³ Sul punto si veda S. Campo, *L'esclusione dei cardinali ottantenni dal Conclave: storia, polemiche e motivazioni della decisione di Paolo VI*, in *Studia patavina*, XLIV (1997), pp. 113-114. Cfr. anche G. Boni, *Sopra una rinuncia. La decisione di papa Benedetto XVI e il diritto*, Bologna 2015, pp. 49-50.

⁴⁴ Così J.-B. d'Onorio, *Le pape et le gouvernement de l'Église*, cit., p. 427. Si riferisce ad una «mancata armonizzazione fra norme sul diritto dei cardinali di eleggere il pontefice e sulle dimissioni dei vescovi diocesani», individuando una schiera di «elettori quasi-ineleggibili» nei porporati dimissionari ultrasettantacinquenni ma ancora elettori del papa in quanto infraottantenni, A. Melloni, *Il conclave. Storia dell'elezione del Papa*, nuova ed., Bologna 2013, p. 197.

⁴⁵ Così C.G. Fürst, *Sub can. 349*, in Á. Marzoa – J. Miras – R. Rodríguez-Ocaña (ed.), *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, vol. II/1, 3ª ed., Pamplona 2002, pp. 628-629.

disporre la convocazione a cadenza fissa di concistori per la creazione di nuovi Cardinali⁴⁶. Tutto ciò, al di là del cospicuo ampliamento del numero di Cardinali e, conseguentemente, dei titoli e delle diaconie dell'Urbe⁴⁷, pone tuttora la suprema autorità della Chiesa nelle condizioni di mutare in breve tempo la 'fisionomia' del Collegio cardinalizio, nel quale i porporati elettori da lui stesso nominati possono dare luogo ad una maggioranza soverchiante rispetto all'insieme di quelli designati dai Pontefici precedenti⁴⁸.

Infine vi è una terza categoria nella quale è possibile raggruppare ulteriori *motu proprio* che hanno riformato il *coetus* cardinalizio mediante la valorizzazione, emergente soprattutto a seguito della vacanza dell'ufficio primaziale per morte o per rinuncia, della distinzione funzionale sussistente tra gli ordini dei porporati. Anzitutto, con il *motu proprio Cum gravissima* (15 aprile 1962), Giovanni XXIII provvede a uniformare sul piano sacramentale il Collegio nel disporre che ogni Cardinale fosse elevato alla dignità episcopale alla luce della rilevanza ecclesiale e delle specificità del cardinalato, che non ammettavano più differenziazioni

⁴⁶ Basti solo constatare che Papa Francesco in cinque anni di pontificato ha già convocato cinque concistori per la creazione di nuovi Cardinali (22 febbraio 2014, 14 febbraio 2015, 19 novembre 2016, 28 giugno 2017 e 28 giugno 2018), apprestandosi sicuramente a convocarne un sesto: come risulta, infatti, dall'*Elenco dei Cardinali in ordine di età* consultabile all'indirizzo internet <http://press.vatican.va>, nel 2019 ben 10 Cardinali elettori raggiungeranno la soglia anagrafica di ottant'anni (mentre saranno 4 nel 2020, 6 nel 2021, 11 nel 2022, 11 nel 2023 e 13 nel 2024).

Occorre comunque precisare che quanto stabilito da Paolo VI – e, come si appurerà, confermato da Giovanni Paolo II – è un limite massimo previsto da una norma di diritto umano: il gruppo dei Cardinali elettori dunque potrebbe legittimamente essere inferiore a centoventi, ma anche superiore a tale limite qualora il Pontefice intenda derogare ad esso. Inoltre nella prassi i Pontefici sovente conferiscono la dignità cardinalizia ad ecclesiastici ottuagenari che si sono distinti per il loro servizio alla Santa Sede ed alla Chiesa, i quali pertanto sono assunti nel Collegio cardinalizio ma immediatamente esclusi dal corpo elettorale.

⁴⁷ Come attesta *L'annuario pontificio per l'anno 2018*, cit., pp. 25*-27*, al 31 dicembre 2017 il Collegio cardinalizio risulta formato da 216 membri, così ripartiti: 9 Cardinali Vescovi (inclusi 3 Patriarchi di rito orientale), 169 Cardinali prebiteri e 38 Cardinali diaconi.

⁴⁸ Cfr. S. Campo, *L'esclusione dei cardinali ottantenni dal Conclave: storia, polemiche e motivazioni della decisione di Paolo VI*, cit., pp. 118-119; A. Melloni, *Il conclave. Storia dell'elezione del Papa*, cit., p. 137, osserva che il papa può gestire «liberamente la proporzione fra la parte attiva e quella passiva del collegio».

basate sul grado dell'ordine ricevuto⁴⁹. La norma era rivolta in particolare all'ordine dei Cardinali diaconi, che sino ad allora riuniva presbiteri ai quali non era conferita la consacrazione episcopale⁵⁰. Il provvedimento, se anticipò in certa misura la dottrina conciliare sulla collegialità episcopale della costituzione dogmatica *Lumen gentium* sulla Chiesa (21 novembre 1964) – peculiarmente concretatasi nell'ambito di un *coetus* di soli Vescovi⁵¹ –, non sancì tuttavia il superamento della struttura consolidata del Sacro Collegio, tanto che Giovanni XXIII si premurò di precisare che, in esso, «[...] triperititus Cardinalium Episcoporum, Presbyterorum ac Diaconorum ordo firmus stabilisque manet, quorum unusquisque iura facultatesque ad translaticias consuetudines, ad S. Liturgiam et ad alia munera spectantia, integra servat [...]». Oltre alla necessità di salvaguardare tali diritti e facoltà⁵², vi era altresì un fondamento

⁴⁹ Cfr. Giovanni XXIII, *Litterae apostolicae motu proprio datae Cum gravissima. Statuitur ut omnes Patres Cardinales episcopali dignitate augeantur*, 15 aprile 1962, in A.A.S., LIV (1962), pp. 256-258.

⁵⁰ Così riferisce A.A. Lobo, *De los Cardinales de la Santa Iglesia Romana*, in M. Cabrerós de Anta – A.A. Lobo – S.A. Morán, *Comentarios al Código de derecho canónico*, vol. I, Madrid MCMLXIII, p. 573.

⁵¹ Circa tale aspetto, che esprime il fondamento ecclesiologico del cardinalato, cfr. A. Sammassimo, *Cardinalato e collegialità. Codificazione del XX secolo*, Milano 2012, pp. 139-141; Ead., *De iure condendo: una lex propria per il Collegio cardinalizio?*, in *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, LX (2013), in part. pp. 309-311.

⁵² Come rileva C. Cardia, *Il governo della Chiesa*, cit., p. 103, «Tali ordini, perso ogni residuo significato di differenziazione dei soggetti da un punto di vista del sacramento dell'ordinazione, giovano a meglio definire attribuzioni e competenze tra i cardinali» (si veda anche Id., *Cardenal*, in J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano [ed.], *Diccionario general de derecho canónico*, vol. I, Cizur Menor [Navarra] 2012, p. 854). Una residua differenziazione che investe il piano sacramentale invero può concernere un Cardinale non già, per così dire, '*uti socius*' – cioè in quanto membro del Collegio cardinalizio assunto in uno specifico ordine –, bensì '*uti singulus*' nell'ipotesi in cui il Romano Pontefice conceda di dispensarlo *ad casum* dalla disposizione che prescrive la consacrazione episcopale. Ciò trova conferma nell'*Elenchus privilegiorum et facultatum S.R.E. Cardinalium in re liturgica et canonica*, 18 marzo 1999, in *Notitiae*, XXXV (1999), pp. 339-342 (ed in *Communicationes*, XXXI [1999], pp. 11-13), nel quale si estendono ai Cardinali che non sono elevati alla dignità episcopale le prerogative attribuite generalmente ai Vescovi (e, dunque, pure ai porporati che sono costituiti nell'ordine dell'episcopato: cfr. nn. 3 §§ 1 e 2, 4, 7 e 8), eccettuate tuttavia quelle funzioni che esigono, secondo l'elenco stesso, il carattere episcopale. E tra queste ultime vi è la facoltà di conferire, in azioni liturgiche secondo i riti prescritti, gli ordini sacri del diaconato e del presbiterato in tutte le chiese ed oratori, una volta ricevute le lettere dimissorie dell'Ordinario proprio dei candidati e con il consenso dell'Ordinario del luogo (n. 9; cfr. can. 1012). In argomento rinviamo a A.S. Sánchez-Gil, *L'elenco dei privilegi e delle facoltà dei Cardinali di Santa Romana Chiesa e il loro statuto*

‘giurisdizionale’ della triplice ramificazione del Collegio che poteva rinvenirsi nel tipo di incarico specificatamente affidato ai singoli porporati: in effetti, mentre i Cardinali Vescovi e buona parte dei Cardinali diaconi figurano tuttora tra i più stretti collaboratori del papa nel governo della Chiesa universale, i Cardinali che compongono l’ordine più consistente, vale a dire quello presbiterale, sono solitamente preposti alle rispettive Chiese particolari⁵³.

Assecondando la prospettiva ermeneutica dischiusa dal *motu proprio Cum gravissima* possono valutarsi pure le leggi pontificie che rafforzarono la valenza funzionale dell’ordine dei Cardinali Vescovi, revocando la normativa previgente incentrata sul criterio dell’anzianità di promozione o di appartenenza a un dato ordine cardinalizio. Giovanni XXIII, preso atto dell’aumento demografico che rendeva maggiormente gravoso l’esercizio del ministero pastorale di governo delle diocesi suburbicarie, dispose l’abrogazione dello *ius optionis* di cui al can. 236, § 3 CIC17, riservando unicamente al Pontefice il diritto di scegliere i membri dell’ordine episcopale del Sacro Collegio (*motu proprio Ad Suburbicarias Dioeceses* del 10 marzo 1961)⁵⁴: fu così evitato che potessero fare ingresso nell’ordine dei Vescovi mediante opzione i Cardinali presbiteri più anziani per promozione al cardinalato. Paolo VI, in aggiunta, abrogò i §§ 1 e 2 del can. 237 CIC17, per fare sì che gli uffici di Decano e di Sottodecano del Collegio cardinalizio non fossero più affidati *ipso iure* al Cardinale Vescovo che risultava in ordine cronologico il primo assegnatario di una sede suburbicaria. Fu perciò prevista la provvisione di tali incarichi mediante elezione, cui potevano partecipare solo i Cardinali Vescovi delle diocesi suburbicarie o insigniti del titolo delle medesime, e

giuridico, in *Ius Ecclesiae*, XII (2000), pp. 272 e ss.; ed a R.A. McCormack, *The Privileges of Cardinals*, in *Studia canonica*, XXXVII (2003), pp. 125 e ss.

⁵³ Prospettavano questa interpretazione A. de la Hera, *La reforma del Colegio cardenalicio bajo el pontificado de Juan XXIII*, cit., p. 715; e C. Seco Caro, *Regimen jurídico del Colegio cardenalicio*, cit., p. 235.

⁵⁴ Cfr. Giovanni XXIII, *Litterae apostolicae motu proprio datae Ad Suburbicarias Dioeceses. Ius optionis in Dioecesibus Suburbicariis abrogatur*, 10 marzo 1961, in *A.A.S.*, LIII (1961), p. 198.

non anche i Patriarchi assunti nel Sacro Collegio (*motu proprio Sacro Cardinalium Consilio* del 26 febbraio 1965, nn. II e III)⁵⁵.

Queste misure, se lette congiuntamente, rivelano come il superamento di ogni sorta di automatismo selettivo assicurasse l'ingresso nell'ordine episcopale e dunque la potenziale eleggibilità di persone idonee ad assolvere efficacemente alle funzioni decanali e subdecanali, il cui espletamento poteva risultare difficoltoso a motivo dell'età avanzata⁵⁶. Eppure, il successivo *motu proprio Ingravescentem aetatem* di Paolo VI del 1970 diede vita ad un'incongruenza normativa mai sanata, per la quale gli uffici di Decano e di Sottodecano e, parimenti, la titolarità delle diocesi suburbicarie erano attribuite a tempo indeterminato, con la conseguenza che una volta raggiunto l'ottantesimo genetliaco i Cardinali Vescovi non potevano più partecipare al conclave: risultando così impossibilitati ad assumere quel ruolo direttivo o taluni diritti spettanti anzitutto a loro in forza della legislazione speciale sull'elezione del Romano Pontefice⁵⁷. Un'ipotesi, questa, che laddove coinvolga tutti i porporati *de quibus* determinerebbe l'estromissione di gran parte, se non di tutto l'ordine episcopale dalla procedura elettorale. E l'esigenza di ovviare ad un'evenienza che potrebbe verificarsi ancora ai nostri giorni sembra giustificare – come si tenterà di dimostrare – le ragioni poste alla base della cooptazione nell'ordine episcopale del Collegio cardinalizio di quattro porporati disposta dal rescritto di Francesco.

2.2. La progettata soppressione dei tre ordini cardinalizi (e la risoluzione pontificia contraria) nella fase di revisione del Codice piano-benedettino

Contrariamente alla *voluntas legislatoris* espressa e alla *ratio* sottesa ai *motu proprio* preconciliari e postconciliari testé illustrati, la Pontificia Commissione per la revisione del Codice di Diritto Canonico prospettò a

⁵⁵ Cfr. Paolo VI, *Litterae apostolicae motu proprio datae Sacro Cardinalium Consilio de electione Decani et Subdecani Sacri Cardinalium Collegii*, 26 febbraio 1965, in A.A.S., LVII (1965), pp. 296-297.

⁵⁶ Rinviamo sul punto alle riflessioni di C. Seco Caro, *Regimen jurídico del Colegio cardenalicio*, cit., pp. 257-258.

⁵⁷ Su questi aspetti riferiremo più nel dettaglio *infra*, § 3.2.

più riprese soluzioni innovative tali da rivoluzionare l'assetto tradizionale del Collegio cardinalizio.

Già in occasione della prima ricognizione dei canoni del *Codex* del 1917 sui Cardinali di Santa Romana Chiesa svolta nel febbraio 1974, il *coetus studii* «*De Sacra Hierarchia*» ne pose in discussione l'assetto tripartito (can. 231, § 1 CIC17), adducendo motivazioni anche di natura teologica⁵⁸, evidentemente rintracciabili nella parificazione sul piano sacramentale dei Cardinali, che a partire dal *motu proprio Cum gravissima* di Giovanni XXIII ricevevano indistintamente la consacrazione episcopale: sebbene lo stesso *motu proprio* avesse ribadito esplicitamente la preservazione degli *ordines* di porporati. Il testo delle norme approntate dai consultori tuttavia non intaccava le prerogative dei Cardinali titolari di una diocesi suburbicaria stabilite dalla normativa all'epoca vigente: infatti, soltanto questi ultimi erano chiamati ad eleggere il Decano e il Sottodecano (can. 5, §§ 1 e 2)⁵⁹; inoltre, unicamente al Decano – o, se assente o impedito, al Sottodecano o al Cardinale Vescovo più anziano per assegnazione del titolo di una diocesi suburbicaria – competeva ordinare e consacrare il Pontefice eletto qualora fosse stato necessario (can. 7, § 4)⁶⁰.

Il *coetus* revisore dunque propose subito nella stessa sessione di lavoro di emendare e di integrare i canoni già approvati, prospettando una riforma del Collegio cardinalizio decisamente radicale. Così, in merito alla provvisione canonica degli uffici di Decano e di Sottodecano si stabilì che fosse riservata a tutti i Cardinali aventi il diritto di prendere parte al conclave, i quali potevano scegliere tra di loro soltanto uno dei Cardinali

⁵⁸ «Non videtur amplius necessarium ut distinguantur “tres ordines” Cardinalium. [...] /Placet, ratione etiam theologica»: Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo. *Coetus studii «De Sacra Hierarchia», Sessio XIV (dd. 18-22 februarii 1974 habita)*, in *Communicationes*, XXV (1993), p. 53.

⁵⁹ *Ivi*, p. 56: «§ 1. Sacro Cardinalium Collegio praeest Decanus, eligendus inter eos et ab iisdem qui in titulum habent aliquam dioecesim suburbicariam [...]. /§ 2. Vacante decanatu aut impedito decano, ipso iure eius officium ad tempus adimplet Subdecanus, qui pariter ab iisdem Cardinalibus de quibus in § 1 eligitur inter eos quibus est titulus dioecesis suburbicariae».

⁶⁰ *Ivi*, p. 57: «§ 4. Cardinali Decano competit ordinare et consecrare electum Pontificem, si hic non adhuc ordinatus aut consecratus sit; absente aut impedito Cardinali Decano, idem ius competit Subdecano, eoque absente aut impedito, antiquiori Cardinali cui in titulum dioecesis suburbicaria assignata est».

domiciliati nell'Urbe (can. 6, §§ 2 e 3)⁶¹. Si propose in seguito con esito positivo di estendere a tutti i Cardinali elettori il diritto di voce passiva «ad roborandum quoque vigorem et praestantiam Collegii»⁶²: un diritto, pertanto, riconosciuto pure a chi, per esempio, fosse stato Vescovo diocesano preposto alla rispettiva circoscrizione ecclesiastica, che se eletto avrebbe acquisito il domicilio nell'Urbe⁶³. Al Decano o al Sottodecano o, in caso di impedimento, al Cardinale più anziano per promozione al cardinalato e con diritto di voce attiva in conclave spettava sia l'ordinazione e la consacrazione del Papa neoletto sia l'annuncio del suo nome (can. 8)⁶⁴, funzione quest'ultima tradizionalmente espletata dal Cardinale Protodiacono. Ma in questa fase ciò che rileva soprattutto è l'intenzione dei redattori di assicurare la coerenza della *lex Ecclesiae*, armonizzando la norma del *motu proprio Ingravescentem aetatem* che privava i Cardinali ottuagenari del diritto di partecipare all'elezione del successore di Pietro – recepita nel can. 7, § 1, n. 1⁶⁵ – con il conferimento a vita degli uffici decanale e subdecanale, prevedendone la cessazione della titolarità al compimento dell'ottantesimo anno di età (art. 6, § 4)⁶⁶ «quia congruum non videtur ut sint Decanus vel Subdecanus Cardinales qui iure electionis careant»⁶⁷: a riprova della necessità di non vanificare mediante l'estromissione di questi ultimi dall'*iter* elettorale l'utilità funzionale dei

⁶¹ *Ivi*, p. 65: «§ 2. Officio Decanatus Sacri Collegii vacante, Cardinalis quibus ius est in electione Romano Pontificis partem habere, praesidente Subdecano, si adsit, aut antiquiore ex ipsis, e coetus sui gremio eligant ut Decanum Sacri Collegii aliquem Cardinalem in Urbe domicilium habentem [...]. / § 3. Eadem ratione de qua in § 2 eligitur Subdecanus, eligenti autem coetui praesidente ipso Decano, si adsit [...]».

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ivi*, p. 66: «Decanus et Subdecanus si in Urbe domicilium iam non habent, illud ibidem acquirant».

⁶⁴ *Ivi*, pp. 67-68: «Cardinali Decano competit nomen novi electi Romani Pontificis populo annuntiare, itemque ordinare et consecrare electum Romanum Pontificem, sic hic non adhuc ordinatus aut consecratus sit; impedito Decano, idem ius competit Subdecano, eoque impedito, antiquiori Cardinali cui ius est in electione Romani Pontificis partem habere».

⁶⁵ *Ivi*, p. 66. Nel paragrafo 2 della medesima disposizione fu trasposta la norma del *motu proprio Ingravescentem aetatem* che invitava i Cardinali preposti ai Dicasteri della Curia Romana e alle istituzioni permanenti della Sede Apostolica e della Città del Vaticano a presentare la rinuncia al Romano Pontefice una volta compiuti i settantacinque anni di età.

⁶⁶ *Ivi*, p. 65: «§ 4. Decanus et Subdecanus officium ipso iure amittunt, expleto octogesimo anno».

⁶⁷ *Ivi*, p. 60.

rispettivi incarichi, il cui conferimento rifletteva la volontà collegialmente espressa di una parte considerevole del *coetus* cardinalizio.

Nella successiva sessione di lavoro del dicembre 1974 furono introdotte correzioni marginali alle disposizioni precedentemente ratificate con il consenso unanime o maggioritario del *coetus studii* (cfr. cann. 6, 8 e 9)⁶⁸. Ma, sorprendentemente, la versione di tali disposizioni non coincideva con quella dei canoni inclusi nello *Schema canonum Libri II De Populo Dei* del 1977, essendo sopravvenute delle modifiche penetranti al progetto legislativo presumibilmente operate o quantomeno autorizzate in prima persona da Paolo VI. Come riporta la *praefatio* al Codice di Diritto Canonico del 1983, infatti, tra il 1972 ed il 1977 gli *schemata* predisposti dai singoli gruppi di esperti – tra i quali vi era quello sul Popolo di Dio – furono previamente inviati al Pontefice, che stabiliva se potessero sottoporsi oppure no all’attenzione dell’episcopato e di taluni organismi di consultazione, invitati ad esprimere un parere in merito ai loro contenuti⁶⁹. Tali modifiche finirono col ripristinare parte della disciplina del *Codex* del 1917 sulla falsariga dei *motu proprio* di Giovanni XXIII e di Paolo VI, i quali riformarono la struttura del Collegio cardinalizio. Così nello schema ricomparvero la triplice distinzione in ordini del Sacro Collegio (can. 165, § 1), lo *ius optionis* di cui potevano usufruire i Cardinali presbiteri e diaconi (can. 165, § 4), la riserva a favore dei soli Cardinali ai quali fosse stato assegnato il titolo di una diocesi suburbicaria del diritto di eleggere il Decano ed il Sottodecano (can. 167, §§ 2 e 3) e, infine, il privilegio accordato a questi ultimi o, laddove impediti, al Cardinale Vescovo più anziano per promozione di ordinare il Pontefice eletto, mentre al Cardinale Protodiacono fu nuovamente affidato il compito di annunciarne pubblicamente il nome (can. 170, §§ 1 e 2)⁷⁰. Inoltre fu espunta la norma sulla perdita per raggiunti limiti di età degli uffici di Decano e di Sottodecano, che perciò tornarono ad essere conferiti ai loro titolari per un arco temporale illimitato.

⁶⁸ Cfr. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo. *Coetus studii* «De Sacra Hierarchia», *Sessio XV (dd. 2-6 decembris a. 1974 habita)*, in *Communicationes*, XXV (1995), pp. 80-82 e 107-109.

⁶⁹ «Schemata, una cum relatione explicativa, mittebantur ad Summum Pontificem, qui decernebat utrum ad consultationem procedendum esset» (in A.A.S., LXXV [1983], II, p. XXVI).

⁷⁰ Cfr. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Schema canonum Libri II De Populo Dei*, Typis polyglottis vaticanis MCMLXXVII, pp. 73-77.

Nonostante la ‘restaurazione’ del regime giuridico allora vigente, al momento di esaminare, nel gennaio 1980, le osservazioni allo *Schema* del 1977 inoltrate dagli organi consultivi coinvolti nell’*iter* nomogenetico, il *coetus studiorum* «*De Populo Dei*» rilevò come fossero in molti ad auspicare l’abolizione della triplice divisione del Collegio cardinalizio, ritenuta «superata» e fondata soltanto su ragioni di carattere storico⁷¹. Si decise pertanto di fare presente al Romano Pontefice «che il [...] Gruppo di studio, tenendo anche conto delle osservazioni giunte, preferisce la soppressione dei tre Ordini»⁷².

I canoni *de quibus*, sostanzialmente immutati, furono poi inseriti nello *Schema* codiciale del 1980 (cann. 285-296)⁷³ e quindi discussi nel corso della sessione plenaria della Pontificia Commissione riformatrice, riunitasi dal 20 al 28 ottobre 1981. Anche in quella sede non mancò chi sollecitava l’eliminazione della distinzione in tre ordini del Collegio cardinalizio: o, come sosteneva il Cardinale Philippe, «quia hodie non amplius congruit, cum realitate Ecclesiae et ipsius Collegii»; o, come lamentava il Cardinale Willebrands, perché la norma appariva «contra principium reformationis liturgiae, nempe “veritas rei”». Le istanze tuttavia non trovarono accoglimento: Giovanni Paolo II, nell’udienza concessa al Presidente della Commissione il 28 marzo 1981 manifestò la

⁷¹ In particolare, uno dei consultori del gruppo di studio rilevava «che la suddetta divisione ha solo fondamento storico, perché ad ogni categoria corrispondevano delle competenze specifiche; per esempio, l’elezione del Decano era competenza dei Cardinali Vescovi»: Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo. *Coetus studii «De Populo Dei», Opera Consultorum in recognoscendis schematibus canonum, IV sessione (14-19 gennaio 1980). Seduta del 18 gennaio 1980*, in *Communicationes*, XIV (1982), p. 97. Il *coetus* fu così sospinto ad approvare condizionatamente le disposizioni dello *Schema* del 1977 circa l’elezione del Decano e del Sottodecano riservata ai Cardinali Vescovi, che avrebbero potuto essere eliminate dal Codice laddove il Pontefice avesse accondisceso all’invito di sopprimere gli ordini cardinalizi (cfr. *ivi*, p. 98).

⁷² Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo. *Coetus studii «De Populo Dei», Opera Consultorum in recognoscendis schematibus canonum, IV sessione (14-19 gennaio 1980). Seduta del 19 gennaio 1980*, in *Communicationes*, XIV (1982), p. 102.

⁷³ Cfr. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Schema Codicis iuris canonici iuxta animadversiones S.R.E. Cardinalibus, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiasticarum necnon Superiorum Institutorum vitae consecratae recognitum (Patribus Commissionis reservatum)*, Libreria editrice vaticana 1980, pp. 65-69.

volontà di preservare l'impianto storicamente consolidato del Collegio⁷⁴. In aggiunta il Pontefice espresse l'intenzione di includere le norme del *motu proprio Ingravescentem aetatem* nel nuovo Codice, senza apportare innovazione alcuna. Fu così respinta la proposta del Cardinale Wyszyński di introdurre un'eccezione secondo la quale il Cardinale Decano, anche se ottuagenario, non sarebbe stato privato del diritto di elettorato attivo durante la vacanza della Sede Apostolica. Una norma di carattere eccezionale motivata nei seguenti termini: «Incongruum enim videtur hoc factum: octogenarius Decanus Collegii praeest Congregationibus Cardinalium; Sede vacante, tamen exclusus est a Conclave»⁷⁵. Ancora una volta, dunque, fu rilevata una contraddizione insita nel sistema normativo, che poteva vanificare la consistenza funzionale della figura del Decano del Collegio cardinalizio, riducibile ad una carica meramente onorifica. Al termine dei lavori della *Congregatio plenaria*, i canoni sul Collegio dei Cardinali di Santa Romana Chiesa, confluiti nello *Schema novissimum* presentato il 22 aprile 1982 al Romano Pontefice per un esame finale (cann. 347-358), non subirono pertanto rilevanti mutamenti⁷⁶.

2.3. La portata essenzialmente ricognitiva dei canoni sui Cardinali di Santa Romana Chiesa nel Codex Iuris Canonici del 1983

L'esito cui è giunta l'opera di redazione del Codice giovanneo-paolino promulgato nel 1983 evidenzia come il diritto universale della Chiesa oggi vigente (cann. 349-359) abbia sostanzialmente riprodotto la normativa

⁷⁴ «*Distinctio in tres Ordines manere debet, iuxta sententiam Romani Pontificis, qui hac de re explicite interpellatus est a Card. Praeside Commissionis in Audientia habita die 28-3-1981*»: Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em.mis atque Exc.mis Patribus Commissionis ad novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a secreteria et consultoribus datis (Patribus Commissionis stricte reservata)*, Typis polyglottis vaticanis MCLXXXI, pp. 78-79.

⁷⁵ *Ivi*, p. 79.

⁷⁶ Cfr. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Schema novissimum post consultationem S.R.E. Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiasticarum necnon Superiorum Institutorum vitae consecratae recognitum, iuxta placita Patrum Commissionis deinde emendatum atque Summo Pontifici praesentatum*, E. Civitate Vaticana 25 martii 1982, pp. 61-64.

codiciale anteriore, pur se adattata alle novità introdotte nel corso degli anni '60 e '70 del secolo scorso da Giovanni XXIII e da Paolo VI⁷⁷.

Richiamando le disposizioni che rilevano ai fini della nostra indagine, il Collegio cardinalizio, cui spetta eleggere il Romano Pontefice (can. 349), è distinto in tre ordini (can. 350, § 1); e quello episcopale, in particolare, comprende anche i Patriarchi orientali ivi assunti, i quali tuttavia mantengono il titolo della loro sede patriarcale (§ 3): si riprende dunque quanto disposto dal *motu proprio Ad purpuratorum Patrum Collegium* dell'11 febbraio 1965. Quanto al diritto di opzione dei Cardinali presbiteri e diaconi, il Codice si limita a reiterare quanto statuiva il can. 236, §§ 1 e 2 CIC17, riconfermando implicitamente al tempo stesso il *motu proprio Ad Suburbicarias Dioeceses* che aveva abrogato il diritto dei Cardinali presbiteri più anziani per promozione di transitare all'ordine episcopale (can. 236, § 3 CIC17). I *christifideles* almeno costituiti nell'ordine del presbiterato che sono elevati alla dignità cardinalizia, conformemente a quanto prescritto da Giovanni XXIII con il *motu proprio Cum gravissima*, devono ricevere la consacrazione episcopale (can. 351, § 1) – eccettuata l'ipotesi in cui l'autorità competente conceda la dispensa per un caso particolare, come peraltro accaduto⁷⁸ –. Ad ogni Cardinale è assegnato il titolo di una sede suburbicaria ovvero un titolo o una diaconia nell'Urbe, su cui però non ha alcuna potestà di governo (can. 357, § 1): una disposizione, questa, in origine prevista dai *motu proprio Suburbicariis sedibus* e *Ad hoc usque tempus*.

Dalla lettura del can. 352 è possibile ricavare in quale misura – invero assai limitata – rileva *sede plena* la distinzione in tre ordini del Collegio

⁷⁷ Si considerano in questa sede le norme sui Cardinali previste dal *Codex Iuris Canonici*, in quanto il *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, promulgato da Giovanni Paolo II nel 1990, accenna solamente ai Cardinali nel can. 46, § 1, precisando che il Romano Pontefice nell'esercizio della sua funzione è assistito, tra gli altri, dai Padri Cardinali, che adempiono l'incarico loro affidato nel suo nome e con la sua autorità per il bene di tutte le Chiese e secondo le norme stabilite del Pontefice medesimo. Invero vi è un collegamento tra i due Codici *in subiecta materia*, posto che quello latino definisce la posizione peculiare riservata ai Cardinali Patriarchi orientali assunti nel Collegio, mentre la codificazione orientale tratta dello statuto giuridico dei Patriarchi preposti alle rispettive Chiese *sui iuris* (cann. 55 e ss.).

⁷⁸ Come riporta esemplificativamente J.-B. d'Onorio, *Le pape et le gouvernement de l'Église*, cit., p. 421, «le Pape peut autoriser un clerc nommé cardinal à ne pas recevoir la consécration épiscopale, comme ce fut le cas pour les cardinaux Henri de Lubac (consistoire de 1983), Pietro Pavan (consistoire de 1985) et Paolo Dezza (consistoire de 1991), vu leur grand âge (82, 87 et 90 ans)».

cardinalizio. Così, relativamente ai Cardinali dell'ordine episcopale, una volta ribadito che al Decano o, se impedito, al Sottodecano compete la presidenza del Collegio quale *primus inter pares* (§ 1)⁷⁹, il Codice recepisce le norme del *motu proprio Sacro Cardinalium Consilio* circa la provvisione mediante *electio* degli uffici decanale e subdecanale, riservata ai soli Cardinali Vescovi titolari di una diocesi suburbicaria (rimangono quindi esclusi dal voto i Cardinali Patriarchi orientali) e perfezionata con l'approvazione pontificia dell'eletto (§§ 2 e 3)⁸⁰. Un ulteriore elemento differenziatore esistente tra gli *ordines* emerge ancora una volta in relazione alla sopravvenuta assenza del titolare dell'ufficio primaziale per morte o per rinuncia: non dissimilmente da quanto prevedeva il can. 239, §§ 2 e 3 CIC17, il Cardinale Decano o, se impedito, il Sottodecano o il Cardinale più anziano nell'ordine episcopale ha il compito di ordinare il Pontefice eletto, qualora non fosse stato ordinato (can. 355, § 1), mentre il Cardinale Protodiacono annuncia al popolo il suo nome (§ 2). La ripartizione in tre ordini del Collegio cardinalizio dunque non sembra essere, com'è stato scritto, «ridotta a una mera formalità ma conserva ancora una certa rilevanza istituzionale»⁸¹, nonostante vi sia chi sottolinei l'attenuazione delle peculiarità funzionali esistenti tra gli ordini stessi⁸², al

⁷⁹ Rileva J.I. Arrieta, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997, p. 291, che al Decano compete, quando la Sede Apostolica non è vacante, «esercitare la presidenza delle riunioni del collegio in assenza del Papa; [...] provvedere alle questioni interne del collegio».

⁸⁰ Occorre precisare che nel caso di specie non si avrebbe in realtà un'*electio* in senso proprio e, segnatamente, un'elezione non collativa, al termine della quale la persona designata necessita di essere confermata dall'autorità competente (can. 179, § 1). In questo caso, infatti, l'eletto non può rivendicare lo *ius ad rem* (can. 178) nei confronti del Romano Pontefice, il quale non è vincolato dal disposto del can. 179, § 2, secondo cui l'autorità ecclesiastica non può negare la conferma se trova idoneo l'eletto a norma del can. 149, § 1 e attesta che l'elezione sia stata compiuta *ad normam iuris*. D'altra parte, il Papa in forza del suo ufficio ha potestà suprema sulla Chiesa (can. 331), non essendo perciò vincolato alle disposizioni di diritto umano. La scelta del Decano e del Sottodecano da parte dei Cardinali Vescovi assegnatari di una sede suburbicaria sembra piuttosto configurare un caso di provvista canonica mediante *praesentatio* (cann. 158 e ss.): il corpo elettorale sceglie colui che in seguito è presentato al Romano Pontefice, il quale lo istituisce liberamente (can. 163), non essendo obbligato a soddisfare un'aspettativa di diritto derivante da uno *ius ad rem* precedentemente maturato.

⁸¹ G. Feliciani, *Cardinali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. II, Torino 1987, p. 503.

⁸² «La transcendencia funcional de esta división es más ben escasa en la actualidad»: A. Viana, *Organización del gobierno de la Iglesia*, 3ª ed., Pamplona 2010, p. 168.

punto da scorgere una valenza piuttosto delimitata di natura storica⁸³, formale⁸⁴, simbolica e onorifica⁸⁵ o nominale⁸⁶ di un simile assetto tripartito, alla luce anche dell'eguaglianza sacramentale dei suoi membri e della possibilità che, a prescindere dall'ordine cui si è legati, i Cardinali possano indistintamente prendere parte all'elezione del Vescovo di Roma. Per quanto concerne infine le norme del *motu proprio Ingravescentem aetatem*, il can. 354 riporta solamente l'invito ai Cardinali preposti ai dicasteri e agli altri organismi permanenti della Curia romana e della Città del Vaticano di presentare la rinuncia all'ufficio di cui sono titolari al Sommo Pontefice una volta compiuti i settantacinque anni di età⁸⁷.

3. Le ragioni poste alla base del rescriptum di Francesco

Nell'*incipit* del *rescriptum ex audientia* del 26 giugno 2018 sono illustrate le motivazioni che hanno sospinto Francesco a cooptare mediante *aequiparatio* quattro porporati nell'ordine episcopale del Collegio cardinalizio. Il provvedimento attesta come la risoluzione pontificia sia stata determinata dalla «necessità di allargare l'attuale composizione dell'Ordine dei Vescovi», in quanto il «numero» di coloro che ne fanno parte «è rimasto costante e invariato nel tempo».

Il proemio dunque menziona un duplice elemento, l'uno di natura oggettiva, l'altro di natura soggettiva, nel prendere atto della *costanza* e

⁸³ Cfr. C.G. Fürst, *Sub can. 350*, in Á. Marzoa – J. Miras – R. Rodríguez-Ocaña (ed.), *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, vol. II/1, cit., p. 631.

⁸⁴ Cfr. J.-B. d'Onorio, *Le pape et le gouvernement de l'Église*, cit., p. 421.

⁸⁵ Cfr. P. Colella, *Cardinali (dir. can. ed eccl.)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. V, Roma 2002, p. 3.

⁸⁶ Così T. Bertone, *Il servizio del cardinalato al ministero del successore di Pietro*, in *Salesianum*, XLVIII (1986), p. 112, secondo il quale «la distinzione tra i tre ordini cardinalizi diviene semplicemente l'articolazione interna di un collegio solidamente unitario»; e A. Rossi, *Il Collegio cardinalizio*, cit., p. 18.

⁸⁷ Per un commento alla disciplina codiciale cfr., per esempio, C.G. Fürst, *Sub can. 349-359*, in Á. Marzoa – J. Miras – R. Rodríguez-Ocaña (ed.), *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, II/1, cit., pp. 628-643; L. Chiappetta, *Sub cann. 349-359*, in *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, vol. 1, 3ª ed., a cura di F. Catozzella – A. Catta – C. Izzi – L. Sabbarese, Bologna 2011, pp. 444-456; L. Sabbarese, *La costituzione gerarchica della Chiesa universale e particolare. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro II, Parte II*, 2ª ed., Città del Vaticano 2013, pp. 51-59; J.L. Gutiérrez, *Sub cann. 349-359*, in J.I. Arrieta (a cura di), *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, cit., pp. 288-296.

dell'*invarianza* del numero di Cardinali Vescovi: da un lato, infatti, il rescritto pare richiamare l'esperienza giuridica consolidata della Chiesa, che tradizionalmente vede affidare a sei Cardinali Vescovi la titolarità delle sette diocesi suburbicarie – queste ultime, si ripeta, non sono sette, perché il Decano del Collegio cardinalizio cumula il titolo della diocesi di Ostia unitamente a quello della diocesi suburbicaria che già possedeva in precedenza (can. 350, § 4) –; dall'altro, invece, vi sarebbe un riferimento implicito ai sei ecclesiastici titolari delle sedi suburbicarie, come se si intendesse veicolare il messaggio che allo stato attuale è assai difficile procedere ad un ricambio interno all'ordine dei Cardinali Vescovi, tanto da avere indotto Papa Bergoglio a impiegare la figura giuridicamente fittizia del 'Cardinale assimilato'.

Ma quali sono i motivi sottesi all'integrazione 'forzata' della schiera dei Cardinali Vescovi? Per rispondere a tale interrogativo appare utile procedere ad una ricostruzione in chiave sistematica della *ratio legis*, percorrendo un tragitto ermeneutico nel quale il contenuto dispositivo del rescritto deve necessariamente ricollegarsi alla *lex peculiaris* (can. 359) che regola la vacanza della Sede Apostolica e l'elezione del Romano Pontefice: la costituzione apostolica *Universi Dominici Gregis* di Giovanni Paolo II del 22 febbraio 1996 (in seguito: UDG)⁸⁸, in parte modificata da Benedetto XVI con il *motu proprio Constitutione apostolica* dell'11 giugno 2007⁸⁹ ed il *motu proprio Normas nonnullas* del

⁸⁸ Cfr. Giovanni Paolo II, *Constitutio apostolica Universi Dominici Gregis de Sede Apostolica vacante deque Romani Pontificis electione*, 22 febbraio 1996, in A.A.S., LXXXVIII (1996), pp. 305-343. Per un commento alla costituzione si veda G. Marchesi, *Le nuove norme per l'elezione del Papa*, in *La civiltà cattolica*, CXLVII/II (1996), pp. 279 ss.; G. Marchetti, *Il diritto peculiare per l'elezione del Romano Pontefice*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XXII (2009), pp. 258 ss.; K. Martens, *Tu es Petrus, et super hanc petram aedificabo Ecclesiam meam. An Analysis of the Legislation for the Vacancy of the Apostolic See and the Election of the Roman Pontiff*, in *The Jurist*, LXXIII (2013), pp. 29 ss. e gli ulteriori riferimenti bibliografici di seguito riportati in nota.

⁸⁹ Cfr. Benedetto XVI, *Litterae apostolicae motu proprio datae Constitutione apostolica de aliquibus mutationibus in normis de electione Romani Pontificis*, 11 giugno 2007, in *L'Osservatore romano*, 27 giugno 2007, p. 1 (ed in A.A.S., XCIX [2007], pp. 776-777). Per un'analisi del *motu proprio* si veda P.V. Aimone Braidà, *Ripristino assoluto della maggioranza qualificata nell'elezione del Romano Pontefice*, in *Apollinaris*, LXXX (2007), pp. 857 e ss.; J. Miñambres, *Nuove determinazioni sulle capacità decisionali del collegio dei Cardinali riunito in conclave*, in *Ius Ecclesiae*, XIX (2007), pp. 757 ss.; L. Örsy, *Una scelta per l'unità. Le ragioni di un ritorno alla tradizione per l'elezione del papa*, in *Il Regno. Attualità*, LII (2007), pp. 440 ss.; G.

22 febbraio 2013⁹⁰. Oltre alla legislazione speciale sul conclave, occorre tenere presente l'*Ordo Rituum Conclavis* (in seguito: ORC), approvato nell'udienza concessa da Papa Wojtyla al Maestro delle celebrazioni liturgiche pontificie il 5 febbraio 1998⁹¹. Trattasi di fonti normative sulla cui applicazione eserciterebbe un condizionamento indiretto il rescritto del 2018, che si constaterà come abbia in certa misura riscoperto l'utilità, per così dire, 'operativa' dell'ordine dei Cardinali Vescovi.

3.1. La rilevanza funzionale degli ordini cardinalizi durante la vacanza della Sede Apostolica. L'applicabilità della costituzione apostolica Universi Dominici Gregis

Come noto, Giovanni Paolo II con la costituzione apostolica *Universi Dominici Gregis* ha riproposto i tratti salienti del sistema elettorale prefigurato da Paolo VI, privando indistintamente i Cardinali della voce attiva nel caso in cui, prima del giorno della morte del Sommo Pontefice o nel giorno in cui la Sede Apostolica resti vacante, abbiano già compiuto ottant'anni, in modo da precludere il loro coinvolgimento diretto nella procedura finalizzata alla provvista dell'ufficio petrino; e riconfermando il numero massimo di centoventi Cardinali elettori (n. 33). Nel proemio della costituzione il Pontefice giustificava le ragioni sottese alla riproposizione dei due aspetti forse maggiormente innovativi che hanno contraddistinto la normativa precedente sul conclave: l'esclusione dei Cardinali ottuagenari intende esonerare i porporati più anziani di età dalla grave responsabilità di designare colui che dovrà condurre adeguatamente il popolo di Dio secondo le necessità dei tempi presenti; la predeterminazione di un limite massimo di partecipanti all'elezione – ben

Read, *New Norms for Papal Elections*, in *Canon Law Society of Great Britain & Ireland. Newsletter*, 152 (2007), pp. 22-23; G. Sciacca, *La Costituzione apostolica "Universi Dominici Gregis". Alcune considerazioni*, in *Apollinaris*, LXXII (2009), pp. 41 ss.

⁹⁰ Cfr. Benedetto XVI, *Litterae apostolicae motu proprio datae Normas nonnullas de nonnullis mutationibus in normis ad electionem Romani Pontificis attinentibus*, 22 febbraio 2013, in *L'Osservatore romano*, 25-26 febbraio 2013, p. 7 (ed in A.A.S., CV [2013], pp. 253-257). In argomento rinviamo a P.V. Aimone Braida, *Il secondo intervento di Benedetto XVI sulle modalità procedurali di elezione del Romano Pontefice. Brevi note*, in *Apollinaris*, LXXXVI (2013), pp. 389 ss.

⁹¹ Cfr. Ufficio delle Celebrazioni Liturgiche del Sommo Pontefice, *Ordo Rituum Conclavis*, Città del Vaticano MM, pp. 6-9.

più elevato in raffronto al numero fisso di settanta Cardinali prescritto nel XVI secolo da Sisto V – mira invece ad esprimere l'universalità della Chiesa, che si riflette in un gruppo di 'grandi elettori' composto da persone di provenienza geografica e culturale eterogenea⁹².

Com'è già stato riscontrato in precedenza⁹³, le disposizioni introdotte da Paolo VI hanno determinato l'insediamento di una prassi di governo volta ad integrare periodicamente il Collegio dei Cardinali, per fare sì che il corpo elettorale non scenda al di sotto delle centoventi unità al punto da compromettere il tasso di rappresentatività ecclesiale. Una prassi dunque implicante la convocazione periodica di concistori ordinari pubblici per la creazione di nuovi Cardinali (non ottantenni) e la crescita, oramai esponenziale, dei titoli e delle diaconie cardinalizie loro assegnati, che incardinano nuovi porporati nella diocesi di Roma⁹⁴.

Invero, l'ampliamento necessitato del Collegio cardinalizio non ha intaccato l'ordine episcopale, che per ragioni storiche presenta una composizione statica, annoverando i sei Cardinali ai quali è attribuito il titolo delle sette chiese suburbicarie. L'esiguità dei Cardinali Vescovi, come può facilmente intuirsi anche alla luce dell'aumento delle aspettative medie di vita, può rendere meno frequente l'avvicendamento nella titolarità delle diocesi vicine a quella romana a favore di porporati più giovani, prospettando un'evenienza che ben potrebbe materializzarsi: vale a dire che buona parte, se non persino tutti i Cardinali Vescovi raggiungano la soglia anagrafica degli ottant'anni, risultando perciò estromessi dall'elezione papale.

Questa è la situazione attuale nella quale versa l'ordine episcopale del Collegio cardinalizio. Come testimonia l'*Annuario pontificio per l'anno 2018*, infatti, esso al 31 dicembre 2017 consta, su un totale di nove membri, di otto Cardinali ottuagenari. Da un lato, vi è l'insieme di quelli

⁹² Cfr. Giovanni Paolo II, *Constitutio apostolica* Universi Dominici Gregis *de Sede Apostolica vacante deque Romani Pontificis electione*, cit., p. 308.

⁹³ Cfr. *supra*, § 2.1.

⁹⁴ Sul punto cfr. P. Majer, *Elección del Romano Pontífice*, in J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (ed.), *Diccionario general de derecho canónico*, vol. III, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 574. Rileva J.I. Arrieta, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., pp. 285-286, come l'ordine presbiterale sia «il più numeroso dei tre ordini di cardinali e, dopo l'ampliamento del collegio cardinalizio, anche quello di maggiore elasticità, in quanto il numero di cardinali presbiteri è relativamente variabile in funzione del numero totale di membri del collegio».

‘romani’, all’interno del quale al Decano seguono, per ordine di precedenza definito sulla base del criterio di anzianità di attribuzione del titolo delle chiese suburbicarie, altri cinque Cardinali Vescovi; e ciascuno di essi ha raggiunto gli ottant’anni di età: Angelo Sodano, classe 1927, titolare sia della chiesa suburbicaria di Albano dal 10 gennaio 1994 sia, in quanto Decano, della diocesi di Ostia dal 30 aprile 2005; Roger Etchegaray, classe 1922, titolare della chiesa suburbicaria di Porto-Santa Rufina dal 24 giugno 1998; Giovanni Battista Re, classe 1934, Sottodecano del Collegio cardinalizio e titolare della chiesa suburbicaria di Sabina-Poggio Mirteto dal 1° ottobre 2002; Francis Arinze, classe 1932, titolare della chiesa suburbicaria di Velletri-Segni dal 25 aprile 2005; Tarcisio Bertone, classe 1934, titolare della chiesa suburbicaria di Frascati dal 10 maggio 2008; e, infine, José Saraiva Martins, classe 1932, titolare della chiesa suburbicaria di Palestrina dal 24 febbraio 2009⁹⁵. Dall’altro, vi sono i Cardinali Patriarchi di rito orientale, che nell’ordine dei Vescovi occupano i posti successivi e sono posizionati in ragione dell’anzianità di elevazione alla dignità cardinalizia⁹⁶: Nasrallah Pierr Sfeir, classe 1920, Patriarca emerito di Antiochia dei maroniti, creato Cardinale nel concistoro del 26 novembre 1994; Antonios Naguib, classe 1935, Patriarca emerito di Alessandria dei copti, creato Cardinale nel concistoro del 20 novembre 2010; e Béchara Boutros Raï, classe 1940, Patriarca di

⁹⁵ Cfr. *Annuario pontificio per l’anno 2018*, cit., pp. 25*, 34*, 37*, 51*, 80*, 87* e 92*.

⁹⁶ La successione ordinata dei Cardinali è conforme a quanto stabilito dai nn. IV e V del *motu proprio Ad purpuratorum Patrum Collegium* di Paolo VI dell’11 febbraio 1965, eccettuata tuttavia la posizione del Sottodecano, che secondo il *motu proprio* paolino doveva risultare il secondo porporato per ordine di precedenza, immediatamente dopo il Decano. Al contrario, ora sembra che pure la sua collocazione sia definita in base al criterio di anzianità di assegnazione della diocesi suburbicaria. Riguardo ai Patriarchi orientali, il can. 58 del Codice dei canoni delle Chiese orientali stabilisce che essi hanno la precedenza in tutto il mondo su tutti i Vescovi di qualsiasi grado, ferme restando tuttavia le norme sulla precedenza stabilite dal Romano Pontefice.

Per quanto concerne gli ordini presbiterale e diaconale, i Cardinali sono disposti cronologicamente sulla base della data di elevazione alla dignità cardinalizia (cfr. *Annuario pontificio per l’anno 2018*, cit., pp. 25*-27*). Occorre tuttavia considerare quanto stabilito dal can. 350, § 6, secondo cui il Cardinale diacono che transita per opzione dall’ordine dei diaconi a quello dei presbiteri ottiene la precedenza su tutti i Cardinali presbiteri che sono stati assunti al cardinalato dopo di lui. Tra l’altro, suole talvolta accadere che in caso di opzione la diaconia muti *pro hac vice* in titolo presbiterale: il porporato interessato pertanto non prende possesso di un titolo cardinalizio preesistente e rimasto vacante (cfr. J.-B. d’Onorio, *Le pape et le gouvernement de l’Église*, cit., p. 423).

Antiochia dei maroniti, creato Cardinale nel concistoro del 24 novembre 2012⁹⁷. Quest'ultimo è ad oggi l'unico componente dell'ordine dei Vescovi a poter esercitare il diritto di elettorato attivo oltre a Louis Raphaël I Sako, classe 1948, Patriarca di Babilonia dei caldei, creato Cardinale da Francesco nel concistoro del 28 giugno 2018⁹⁸.

L'analisi dei dati appena enumerati pone in risalto come, laddove sopravvenisse la vacanza della Sede Apostolica, solamente due Cardinali Patriarchi orientali parteciperebbero al conclave. E si avverte palesemente in un caso simile la vanificazione della *ratio* sottesa al can. 352, §§ 2 e 3, che ha trasposto nel Codice la provvista mediante elezione degli uffici di Decano e di Sottodecano del Collegio cardinalizio, originariamente prevista dal *motu proprio Sacro Cardinalium Consilio* di Paolo VI del 26 febbraio 1965 al fine di superare il meccanismo automatico di cui al can. 237, §§ 1 e 2 CIC17: un meccanismo, lo ricordiamo, per il quale erano i Cardinali più anziani per promozione a una sede suburbicaria a ricoprire *ipso iure* tali incarichi. Allo stesso modo, l'abrogazione dello *ius optionis* disposta da Giovanni XXIII con il *motu proprio Suburbicarias Dioeceses* (10 marzo 1961), nonostante avesse proibito ai Cardinali presbiteri di transitare nell'ordine episcopale tenuto conto della priorità di promozione (can. 236, § 3 CIC17), non ha ovviato alla presenza di Cardinali Vescovi di età particolarmente elevata.

Riaffiorano dunque quelle disfunzioni funzionali segnalate nel corso dei lavori preparatori del *Codex* del 1983: essere aggregati a vita ad un ordine di Cardinali, come quello dei Vescovi, per poi eventualmente svolgere, egualmente a vita, il *munus* di Decano e di Sottodecano pur non potendo votare in conclave significa ridurre potenzialmente a mera onoreficenza la valenza del primo *ordo* per precedenza del Collegio dei Cardinali di Santa Romana Chiesa, cui al contrario la costituzione apostolica *Universi Dominici Gregis* affida *primariamente*, ancorché non esclusivamente, l'andamento gestionale dell'*iter* di elezione del nuovo Pontefice. Da tale angolazione dunque le deroghe al dettato codiciale disposte dal rescritto di Francesco conseguirebbero lo scopo di ripristinare il ruolo di comprimari tradizionalmente spettante ai Cardinali Vescovi nelle

⁹⁷ Cfr. *Annuario pontificio per l'anno 2018*, cit., pp. 25*, 68*, 79* e 91*.

⁹⁸ Si veda al riguardo il *Bollettino* della Sala stampa della Santa Sede del 28 giugno 2018, consultabile all'indirizzo internet <https://press.vatican.va>.

operazioni di voto. In forza dell'assimilazione *in iure*, infatti, i Cardinali cooptati hanno diritto di voce attiva e passiva nella provvisione degli uffici di Decano e di Vice Decano (can. 352, §§ 2 e 3). E, nell'ipotesi in cui uno di loro diventasse *primus inter pares* rispetto agli altri Cardinali, riceverebbe il titolo della diocesi suburbicaria di Ostia, assomandolo tuttavia non con quello della sede suburbicaria avuto in precedenza, come previsto dal can. 350, § 4, ma con il titolo o la diaconia dell'Urbe assegnati al momento dell'assunzione al cardinalato nell'ordine presbiterale o diaconale⁹⁹. Ma anche laddove ciò non si verificasse, l'effetto derogatorio esplicito dal *rescriptum* del 2018 consentirebbe comunque ai porporati cooptati di fare le veci tanto del Decano quanto del Sottodecano ottuagenari durante il conclave, in quanto l'integralità dell'equiparazione fa sì che siano posizionati nell'ordine dei Vescovi *dopo* i Cardinali titolari di una sede suburbicaria e *prima* dei Cardinali Patriarchi orientali¹⁰⁰. Pertanto, nell'ipotesi in cui dovesse procedersi ora all'elezione del nuovo Papa essi risulterebbero, purché infraottantenni, i primi Cardinali elettori per ordine di precedenza rispetto ai Cardinali Patriarchi e a quelli presbiteri e diaconi con voce attiva. I nominativi dei Cardinali equiparati peraltro sono riportati nel rescritto pontificio in un'elencazione che sembra prefigurare uno speciale ordine di precedenza tra i Cardinali medesimi, disposto discrezionalmente da Francesco non sulla base del consueto criterio incentrato sulla data, dalla più remota alla più recente, di incorporazione nel Collegio cardinalizio: Pietro Parolin, classe 1955, del titolo dei Santi Simone e Giuda Taddeo a Torre Angela, Segretario di Stato, creato Cardinale nel concistoro del 22 febbraio 2014; Leonardo Sandri, classe 1943, del titolo dei Santi Biagio e Carlo ai Catinari, Prefetto della Congregazione per le Chiese orientali, creato Cardinale nel concistoro del 24 novembre 2007; Marc Ouellet, classe 1944, del titolo di

⁹⁹ L'ipotesi ordinaria prevista dal can. 350, § 4 tuttavia potrebbe realizzarsi qualora il Romano Pontefice assegni in un secondo momento al Cardinale prima cooptato ed in seguito eletto Decano la titolarità di una sede suburbicaria divenuta vacante, determinando così la cessazione per fatto sopravvenuto dell'equiparazione normativa introdotta dal rescritto del 2018. In questo caso, infatti, verrebbe meno il presupposto legittimante la deroga al can. 350, § 2 e il porporato risulterebbe aggregato all'ordine dei Vescovi con il titolo di una chiesa suburbicaria, conformemente a quanto previsto dal § 1 dello stesso canone.

¹⁰⁰ Cfr. *Annuario pontificio per l'anno 2018*, cit., p. 25*. Nel testo del rescritto non pare dunque casuale l'affermazione per la quale i suoi beneficiari sono equiparati «*in tutto* ai Cardinali insigniti del titolo di una Chiesa suburbicaria [...]» (il corsivo è aggiunto).

Santa Maria in Traspontina, Prefetto della Congregazione per i Vescovi, creato Cardinale nel concistoro del 21 ottobre 2003; e Fernando Filoni, classe 1946, diacono di Nostra Signora di Coromoto in San Giovanni di Dio, Prefetto della Congregazione per l'evangelizzazione dei popoli, creato Cardinale nel concistoro del 18 febbraio 2012¹⁰¹.

Attraverso quindi il ricorso alla finzione giuridica operata dall'equiparazione¹⁰², che ha esteso lo statuto di diritto comune proprio dei Cardinali Vescovi a porporati uniti ad un ordine cardinalizio diverso, si rende possibile che nel corso dell'elezione i Cardinali cooptati assolvano taluni compiti riservati in primo luogo al Decano o, se assente o legittimamente impedito, al Sottodecano o a colui che è il primo Cardinale elettore per ordine e anzianità. Una clausola, questa, più volte riprodotta nella costituzione apostolica *Universi Dominici Gregis*¹⁰³ e che, allo stato attuale, in assenza di Cardinali Vescovi muniti del diritto di elettorato attivo consentirebbe al primo dei Cardinali Patriarchi orientali elettori o al primo dei Cardinali presbiteri elettori per ordine di anzianità di adempiere a tali compiti, fra i quali figura la presidenza dell'assemblea dei Cardinali partecipanti al conclave (n. 9 UDG), che ha tra le sue mansioni quella di definire le questioni di maggiore importanza durante il periodo dell'elezione (n. 7 UDG)¹⁰⁴. All'opposto, le Congregazioni generali (cosiddette preparatorie) cardinalizie previe allo stesso conclave possono essere convocate e presiedute dal Decano ottuagenario (nn. 9 e 19

¹⁰¹ Rinviamo sul punto alla lettura del rescritto del 26 giugno 2018 nonché dell'*Annuario pontificio per l'anno 2018*, cit., pp. 25*, 53*, 73*, 74* e 86*.

¹⁰² In argomento cfr. C.J. Errázuriz M., *Circa l'equiparazione quale uso dell'analogia in diritto canonico*, in *Ius Ecclesiae*, IV (1992), pp. 215-216; Id., *Equiparación*, in J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (ed.), *Diccionario general de derecho canónico*, vol. III, cit., p. 655; E. Baura, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, cit., pp. 215-216.

¹⁰³ Cfr. nn. 9, 12, 15, 38, 46, 52, 53, 54 e 87 UDG; nn. 9, 20, 32, 34, 37, 40, 45, 58 e 64 ORC.

¹⁰⁴ Come rileva J. Miñambres, *Sub n. 9 UDG*, in J.I. Arrieta – J. Canosa – J. Miñambres, *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, Milano 1997, p. 22, «Per la determinazione del cardinale elettore più anziano, l'ordine consueto di precedenza, in mancanza di altre indicazioni, dovrà essere ricavato dal can. 350 CIC». Nello stesso senso si poneva anche M.F. Pompedda, *Sub n. 9 UDG*, in P.V. Pinto (a cura di), *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, Città del Vaticano 2001, p. 315.

UDG)¹⁰⁵. Tra le altre funzioni, attribuite anzitutto al Decano, al Sottodecano – o, in subordine, a chi è chiamato a sostituirli – nell’ambito della procedura elettorale, figurano: leggere, una volta che i Cardinali elettori giungano nella Cappella sistina quale sede dell’elezione (n. 51 UDG), il giuramento che dovranno singolarmente prestare di osservare le disposizioni del diritto peculiare, di mantenere il segreto, di impegnarsi a svolgere fedelmente il ministero petrino se eletti e di non appoggiare qualsiasi forma di ingerenza esterna da parte di autorità secolari (nn. 52-53 UDG; n. 40 ORC); sottoporre ai Cardinali la questione se possano iniziare le operazioni elettorali, o se occorra ancora chiarire dubbi circa le norme e le modalità stabilite dal diritto, senza tuttavia apportare modifiche o sostituzioni *sub poena nullitatis* (n. 54 UDG; n. 45 ORC); e chiedere, a nome di tutto il Collegio degli elettori, il consenso dell’eletto e come quest’ultimo intenda essere chiamato (n. 87 UDG; nn. 58-59 ORC). L’influenza dei Cardinali cooptati invero potrebbe intensificarsi nell’ipotesi in cui uno di essi sia preposto alla Camera Apostolica e perciò assuma l’ufficio di Camerlengo¹⁰⁶, che nel periodo di vacanza dell’ufficio petrino provvede a preparare l’elezione e a curarne il retto svolgimento sia singolarmente¹⁰⁷, sia collegialmente¹⁰⁸ soprattutto nella Congregazione

¹⁰⁵ Ciò è quanto accaduto nelle Congregazioni generali precedenti al conclave del 2013 che si è concluso con l’elezione al soglio pontificio di Jorge Mario Bergoglio. Esse, infatti, sono state presiedute dal Cardinale Angelo Sodano, Decano ottuagenario del Collegio cardinalizio (cfr. A.A.S., CV [2013], p. 342). Una volta intimato l’*extra omnes* da parte del Maestro delle celebrazioni liturgiche pontificie (n. 52 UDG), il primo Cardinale dell’ordine dei Vescovi ad aver presieduto l’assemblea degli elettori è stato Giovanni Battista Re (cfr. *ivi*, p. 360).

¹⁰⁶ Per esempio, nell’ultimo conclave del 2013 il Cardinale Tarcisio Bertone, titolare della diocesi suburbicaria di Frascati e all’epoca Camerlengo di Santa Romana Chiesa, era alla luce dell’ordine generale delle precedenze il secondo tra i Cardinali Vescovi elettori (cfr. A.A.S., CV [2013], p. 360).

¹⁰⁷ Secondo quanto dispone la costituzione apostolica *Universi Dominici Gregis*, il Cardinale Camerlengo, che non decade alla morte del Pontefice dalla carica di preposto alla Camera Apostolica (n. 14 UDG), ha tra le sue funzioni principali quella di accertare la morte del Sommo Pontefice e di provvedere alla cura e all’amministrazione dei beni e dei diritti temporali della Santa Sede (n. 17 UDG); di informare il Cardinale Decano dell’avvenuto decesso (n. 19 UDG); di fare fede mediante documento steso da un suo delegato dell’avvenuta tumulazione del Pontefice nella Basilica vaticana (n. 28 UDG); di autorizzare che il corpo del Pontefice defunto rivestito degli abiti pontificali sia fotografato a titolo di documentazione (n. 30 UDG); di chiudere sotto la sua autorità i locali della *Domus Sanctae Marthae*, della Cappella sistina e degli ambienti destinati alle celebrazioni liturgiche, facendo sì che non vi accedano persone non autorizzate (n. 43 UDG); di ricevere il giuramento alla presenza di due cerimonieri delle persone

particolare, cui compete la trattazione degli affari ordinari e di minore importanza che si presentano ogni giorno tanto prima quanto durante l'elezione (nn. 7-8 UDG)¹⁰⁹. E proprio in relazione all'erezione della Congregazione particolare potrebbe profilarsi il rischio che la costituzione apostolica *Universi Dominici Gregis* risulti inapplicabile, laddove si prescrive che debba essere composta dal Camerlengo e da tre porporati «uno ex quoque ordine» – al fine di garantirne l'eguale rappresentanza¹¹⁰

autorizzate ad accedere nei locali di cui ai nn. 46 e 55 UDG (n. 48 UDG). Sul Camerlengo cfr. G. Sciacca, *Camarlengo [cardenal]*, in J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (ed.), *Diccionario general de derecho canónico*, vol. I, cit., pp. 795 e ss.

¹⁰⁸ Si pensi, per esempio, alla commissione di cui al n. 13, lett. c UDG composta dal Camerlengo, dal Segretario di Stato e dal Presidente della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, che provvede alla celere sistemazione delle dimore dei Cardinali e delle persone di cui al n. 46 UDG nonché alla preparazione della Cappella sistina, in modo tale che l'elezione possa svolgersi in modo agevole, ordinato e con la massima riservatezza.

¹⁰⁹ Segnatamente, la Congregazione particolare: accerta che vi siano ragioni di salute tali da consentire che un Cardinale elettore abbia presso di sé un infermiere anche durante l'elezione (n. 42 UDG); riconosce la sussistenza di una comprovata ed urgente necessità che autorizza eccezionalmente sia i Cardinali elettori ad intrattenere corrispondenza epistolare, telefonica o con altri mezzi di comunicazione con estranei sia il Cardinale Penitenziere maggiore, il Vicario generale per la diocesi di Roma e l'Arciprete della Basilica vaticana a comunicare con i rispettivi uffici (n. 44 UDG); approva che le persone enumerate nel n. 46 UDG possano essere disponibili e alloggiare presso i locali ubicati entro i confini indicati dal n. 43 UDG (n. 46 UDG); cura che nella Cappella sistina e nei locali adiacenti tutto sia previamente disposto, anche con l'aiuto esterno del Vice Camerlengo e del Sostituto della Segreteria di Stato, in modo tale che siano preservate la regolarità e la riservatezza dell'elezione (n. 51 UDG); vigila con diligenza che non sia in alcun modo violata la riservatezza di quanto avviene nella Cappella sistina ove si svolge l'elezione e nei locali contigui, prima, dopo e durante le operazioni di voto, tutelandone in particolare la segretezza perché nessun mezzo di ripresa o di trasmissione audiovisiva sia immesso in tali luoghi (n. 55 UDG); consente per gravissime e urgenti ragioni che i Cardinali elettori tengano colloqui durante l'elezione con persone non debitamente ammesse negli edifici loro riservati (n. 56 UDG); riceve, nelle mani del Camerlengo o di uno dei Cardinali assistenti, gli scritti di qualunque genere che i Cardinali elettori abbiano presso di sé, perché quelli relativi all'esito di ogni scrutinio siano bruciati con le schede, a maggiore sicurezza del segreto (n. 71 UDG); e, infine, approva la relazione stesa dal Camerlengo nella quale si dichiara il risultato di ogni votazione (*ibidem*).

¹¹⁰ Come infatti pone in evidenza I. Grigis, *La Costituzione Apostolica Universi Dominici Gregis*, Roma 2004, p. 130, «Ai fini della scelta si tengono presenti solo i nominativi dei Padri che sono già *in Urbe* e sono presenti, ponendoli in tre diverse urne, rispondenti ai tre ordini cardinalizi. Se il sorteggio non avesse preveduto tale divisione, l'ordine dei Cardinali Presbiteri, poiché più numeroso, avrebbe avuto una forte presenza nella *Congregatio particularis*, a discapito degli altri due ordini. /Il sorteggio, così disposto, garantisce sia ai Cardinali Vescovi che ai Cardinali Diaconi la

–, estratti a sorte tra i Cardinali elettori presenti a Roma (n. 7). Cosa accadrebbe nell'eventualità in cui i Cardinali dell'ordine dei Vescovi (non esclusi i Patriarchi orientali) abbiamo compiuto gli ottant'anni di età, non potendo perciò essere sorteggiati tra i membri della Congregazione particolare? Tra l'altro l'ufficio dei tre porporati, denominati 'assistenti', è *pro tempore* (n. 55 UDG), dovendo essere rinnovato ogni tre giorni sempre mediante estrazione sino a quando l'elezione non è terminata. Evidentemente il rescritto di Francesco ha tra le sue finalità precipuamente pragmatiche anche quella di porre rimedio ad una situazione incresciosa per il Collegio cardinalizio, il quale ha facoltà di interpretare gli aspetti dubbi o controversi in merito alle prescrizioni della legge peculiare sul conclave (n. 5 UDG), pur non potendo in via ermeneutica provvedere alla loro correzione, modifica o sostituzione (nn. 4 e 54 UDG)¹¹¹; e nel caso di specie pare difficile disconoscere la necessità di un'interpretazione innovativa della legge, che includerebbe inevitabilmente nella Congregazione particolare un secondo Cardinale appartenente ad un ordine diverso da quello episcopale al fine di assicurarne l'erezione.

Oltre alle difficoltà che potrebbero finanche impedire l'istituzione della Congregazione particolare e il ricambio dei suoi membri, vi sono nella legge peculiare sul conclave altri due casi di possibile paralisi applicativa determinati dalla mancanza di Cardinali Vescovi infraottantenni: il primo attiene alla fissazione del *dies a quo* a partire dal quale le Congregazioni generali devono tenersi quotidianamente, stabilito di concerto dal Camerlengo «*atque primus Cardinalis elector cuiusque ordinis*» (n. 11 UDG); il secondo, invece, concerne l'esortazione che il primo Cardinale dell'ordine dei Vescovi rivolge all'assemblea degli elettori durante una pausa, prescritta dopo oltre venti scrutini inconcludenti, quando non vi sia stata la convergenza della maggioranza qualificata dei voti espressi su nessun nome (n. 74 UDG). Per converso, non solleverebbe problema applicativo alcuno la possibilità concreta di avvalersi del privilegio, riconosciuto a favore del Decano o di colui che lo sostituisce in quanto appartenente all'ordine dei Vescovi, di procedere alla consacrazione del

certezza di essere sempre rappresentati da un membro all'interno del collegio degli assistenti».

¹¹¹ Cfr. M.F. Pompedda, *Sub nn. 4, 5 e 54 UDG*, in P.V. Pinto (a cura di), *Commento alla Pastor bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, cit., pp. 310-311 e 345.

Pontefice neoeletto se privo del carattere episcopale (nn. 88 e 90 UDG; nn. 9, 10 e 65 ORC)¹¹²; e ciò in tempi rapidi, dato che sino a quel momento non può essergli prestato omaggio né il Cardinale Protodiacono può annunciare il suo nome al popolo (n. 89 UDG). A questo proposito l'*Ordo Rituum Conclavis* prevede che «dopo l'accettazione, il Decano del Collegio dei Cardinali o, se egli è assente o legittimamente impedito, il Sottodecano o il primo dei Cardinali per ordine o per anzianità, consigliatosi con gli altri Cardinali, stabilisce il da farsi, in modo che il Maestro delle Celebrazioni Liturgiche Pontificie provveda tutto perché l'Eletto sia subito ordinato Vescovo con rito solenne» (n. 64). La norma sembra contemplare tra le righe anche l'eventualità in cui, a seguito dell'accettazione dell'elezione, non siano presenti Cardinali dell'ordine episcopale, esclusi dal conclave in quanto ottuagenari: tant'è che il Maestro delle celebrazioni liturgiche pontificie deve attivarsi perché verosimilmente il Decano o il primo tra i Cardinali Vescovi giunga al più presto nel luogo in cui è avvenuta l'elezione per celebrare il rito di consacrazione. E non può in alcun modo essere negato l'accesso del porporato, perché l'elezione si conclude non, come stabiliva il n. 91 della costituzione apostolica *Romano Pontifici eligendo* di Paolo VI, con l'ordinazione episcopale dell'eletto qualora non sia Vescovo, bensì già prima quando egli abbia dato il suo assenso all'elezione, salvo non abbia disposto diversamente (n. 91 UDG)¹¹³; e da allora, se possono accedere al nuovo Pontefice il Sostituto della Segreteria di Stato, il Segretario per i rapporti con gli Stati, il Prefetto della casa pontificia e chiunque altro

¹¹² Sul rapporto tra consacrazione episcopale e accettazione dell'elezione pontificia cfr. G. Ghirlanda, *Accettazione della legittima elezione e consacrazione episcopale del Romano Pontefice secondo la cost. ap.* Universi Dominici Gregis di Giovanni Paolo II, in *Periodica de re canonica*, LXXXVI (1997), pp. 615 ss.; G. Ferraro, *L'essenza sacramentale del Primato romano. Relazioni tra Primato e Ordinazione Episcopale. A proposito della elezione del Vescovo di Roma*, in AA.VV., *Primato pontificio ed episcopato dal primo millennio al Concilio Vaticano II. Studi in onore dell'Arcivescovo Agostino Marchetto*, Città del Vaticano 2013, pp. 327 ss.; G. Boni, *Sopra una rinuncia. La decisione di papa Benedetto XVI e il diritto*, cit., pp. 12 ss.

¹¹³ «La funzione elettorale dei cardinali risulta esaurita quando la "selezione" del candidato diventa efficace perché accettata, ed è quindi indipendente dall'eventuale necessità di procedere all'ordinazione dell'eletto»: J.I. Arrieta, *Sub n. 91 UDG*, in Id., *Il sistema dell'organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*, 4^a ed., Roma 2009, p. 34. Si vedano anche le osservazioni di J.J.M. Foster, *The election of the Roman Pontiff: an examination of canon 332, § 1 and recent special legislation*, in *The Jurist*, LVI (1997), pp. 702-704.

debba trattare col Pontefice eletto di cose che al momento sono necessarie (n. 91 UDG), essendo terminato il regime di ‘clausura’ elettorale, *a fortiori* può accedere a lui sempre *ratione necessitatis* il Decano o il primo dei Cardinali Vescovi per ordine di precedenza che fungerà da primo consacrante (n. 65 ORC)¹¹⁴.

3.2. La valorizzazione di un ‘coetus restrictus’ di Cardinali di provenienza curiale ai quali affidare la conduzione del conclave

L’eventualità, prospettata dal rescritto di Francesco, che porporati uniti ad ordini cardinalizi diversi da quello episcopale suppliscano all’assenza di Cardinali Vescovi elettori e, in particolare, di quelli ai quali è assegnato il titolo di una sede suburbicaria, a ben vedere non si limita ad appagare l’esigenza prettamente pratica di presidiare l’implementazione della legge peculiare sul conclave.

Se, infatti, si presta attenzione al ‘*curriculum*’ qualificante la carriera ecclesiastica dei Cardinali cooptati, può notarsi come tre di loro siano preposti ad altrettante Congregazioni della Curia romana, dicasteri che supportano in posizione vicaria il Romano Pontefice nell’esercizio del ministero primaziale agendo nel suo nome e con la sua autorità, secondo la ripartizione di competenze stabilita dalla costituzione apostolica *Pastor Bonus* di Giovanni Paolo II del 28 giugno 1988¹¹⁵ – più volte emendata sia da Benedetto XVI sia dal Pontefice regnante, il quale si accinge a promulgarne un’altra dal titolo provvisorio *Praedicate evangelium*¹¹⁶ –: i

¹¹⁴ Rinviando tuttavia ai dubbi sollevati da P. Majer, «*Universi Dominici Gregis*», *La nueva normativa sobre la elección del Romano Pontífice*, in *Ius canonicum*, XXXVI (1996), p. 708, secondo il quale, posto che a norma del n. 89 UDG non è possibile annunciare al popolo il nome dell’eletto sino a quando non abbia ricevuto la consacrazione episcopale, «parece difícil de imaginar una terminación del cónclave que sea anterior a la eventual ordenación episcopal del elegido. De todas maneras, parecía más clara y unívoca la redacción de la RPE al respecto». Eppure sembra che quanto disposto dal n. 91 della costituzione paolina del 1975 avrebbe potuto impedire l’accesso, a conclave ancora aperto, del Decano o del primo Cardinale dell’ordine episcopale, compromettendo l’applicazione del n. 90 della medesima costituzione che riservava ai Cardinali Vescovi il privilegio di ordinare il Pontefice neoletto.

¹¹⁵ Cfr. Giovanni Paolo II, *Constitutio apostolica Pastor Bonus de Romana Curia*, 28 giugno 1988, in *A.A.S.*, LXXX (1988), pp. 841 e ss.

¹¹⁶ Così si legge nel *Bollettino* della Sala stampa della Santa Sede datato 12 settembre 2018, consultabile all’indirizzo internet <https://press.vatican.va>. Sulle recenti riforme della Curia romana rinviamo, tra i molti, a K. Martens, *Curia romana semper*

Cardinali Sandri, Ouellet e Filoni sono rispettivamente Prefetti della Congregazione per le Chiese orientali, della Congregazione per i Vescovi e della Congregazione per l'evangelizzazione dei popoli. Il primo Cardinale che sembrerebbe avere la precedenza su di loro, secondo l'ordine speciale indicato nel rescritto, tanto da potersi considerare il 'presidente *in pectore*' dell'assemblea degli elettori che si riunirà nel prossimo conclave (n. 9 UDG) è tuttavia il Segretario di Stato, Cardinale Pietro Parolin, ossia uno tra i più importanti collaboratori del Papa. D'altro canto, la stessa costituzione *Pastor Bonus* rimarca il vincolo stretto che unisce quest'ultimo alla Segreteria di Stato, laddove precisa che il dicastero «proxime iuvat Summum Pontificem in Eius supremo munere exercendo» (art. 39).

Ma al di là del rapporto di maggiore o minore prossimità al Pontefice, vi è un filo conduttore che accomuna i beneficiari dell'*aequiparatio*: ciascuno di essi è Cardinale, come suole dirsi, 'di Curia', integrato nel complesso apparato di governo della Chiesa universale e dunque addentro ai meccanismi e alle dinamiche che ne orientano e ne informano il concreto operare. Sotto questo profilo nella scelta dei Cardinali cooptati Papa Bergoglio pare muoversi in linea di continuità con i suoi predecessori, che hanno preservato il divario funzionale tra gli ordini cardinalizi individuando una sorta di '*coetus restrictus*' formato dai loro più stretti e

reformanda. *Le développement de la curie romaine avec quelques réflexions pour une réforme éventuelle*, in *Studia canonica*, XCI (2007), pp. 91 ss.; W. Altmann, *Implicazioni ecumeniche della riforma della curia*, in *Concilium*, XCIX (2013), pp. 147 ss.; P. Hünermann, *Linee-guida spirituali e pastorali per una riforma della curia romana*, *ivi*, pp. 158 ss.; L. Sabbarese, *Curia romana semper reformanda. Recenti variazioni nelle competenze di alcuni dicasteri*, in *Ephemerides iuris canonici*, LII (2013), pp. 427 ss.; F. Coccopalmerio, *Spunti di riflessione sulla Curia Romana*, in *Iura orientalia*, X (2014), pp. 59 ss.; M. Cozzolino, *Primi interventi di Papa Francesco per una riforma degli organismi economico-finanziari della Curia romana. Spunti di riflessione*, in G. Boni – E. Camassa – P. Cavana – P. Lillo – V. Turchi (a cura di), *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, vol. I, Torino 2014, pp. 229 ss.; J.I. Arrieta, *Presupposti organizzativi della riforma della Curia Romana*, in *Ius Ecclesiae*, XXVII (2015), pp. 37 ss.; K. Martens, *The Reform of the Roman Curia at the Service of the New Evangelization*, in *The Jurist*, LXXV (2015), pp. 197 ss.; J. Miñambres, *Primi rilievi dei nuovi organismi economici della Santa Sede*, in *Ius Ecclesiae*, XXVII (2015), pp. 497 ss.; J.I. Arrieta, *I criteri di riforma della Curia romana alla luce dell'esperienza giuridica*, in *Ephemerides iuris canonici*, LVIII (2018), pp. 5 ss.; E. Baura, *El desarrollo posterior a la Constitución Apostólica Pastor Bonus de los tribunales de la Curia Romana*, in *Ius canonicum*, LVIII (2018), pp. 9 ss.

fidati collaboratori¹¹⁷: come accade appunto con l'ordine dei Vescovi attuale, che riunisce ex capi dicastero della Curia romana nominati da Giovanni Paolo II e da Benedetto XVI (Angelo Sodano è Segretario di Stato emerito; Roger Etchegaray è Presidente emerito del Pontificio consiglio della giustizia e della pace e del Pontificio consiglio «Cor Unum»; Giovanni Battista Re è Prefetto emerito della Congregazione per i Vescovi; Francis Arinze è Prefetto emerito della Congregazione per il culto divino e la disciplina dei sacramenti; Tarcisio Bertone è Segretario di Stato emerito e Camerlengo emerito di Santa Romana Chiesa; José Savaira Martins, infine, è Prefetto emerito della Congregazione delle cause dei santi)¹¹⁸. Un *coetus* che esprime la preoccupazione del Vescovo di Roma di fare sì che dopo la sua morte o la decisione di rinunciare all'ufficio intervengano persone munite di esperienza istituzionale e perciò adatte a condurre gli 'ingranaggi' sia del regime interinale di vacanza della Sede Apostolica sia della procedura culminante con la designazione del successore di Pietro¹¹⁹.

¹¹⁷ Basti solo elencare, a titolo esemplificativo, i nomi di coloro che integravano l'ordine episcopale del Collegio cardinalizio nel 1978 – durante il quale vi è stato l'avvicendamento nell'ufficio petrino di ben tre papi (Paolo VI, Giovanni Paolo I e Giovanni Paolo II) – per rilevare come i Cardinali Vescovi figurassero a vario titolo tra i collaboratori più prossimi al papa: Carlo Confalonieri, titolare della chiesa suburbicaria di Palestrina, Decano del Collegio cardinalizio, Arciprete della Basilica liberiana e già Prefetto della Sacra Congregazione per i Vescovi; Paolo Marella, titolare della chiesa suburbicaria di Porto-Santa Rufina, Sottodecano del Collegio Cardinalizio e Arciprete della Basilica vaticana; Jean Villot, titolare della chiesa suburbicaria di Frascati, Segretario di Stato, Prefetto del Consiglio per gli affari pubblici della Chiesa e Camerlengo di Santa Romana Chiesa; Antonio Samorè, titolare della chiesa suburbicaria di Sabina-Poggio Mirteto, Bibliotecario e Archivista di Santa Romana Chiesa e già Prefetto della Sacra Congregazione per la disciplina dei sacramenti; Sebastiano Baggio, titolare della chiesa suburbicaria di Velletri, Prefetto della Sacra Congregazione per i Vescovi (cfr. *Annuario pontificio per l'anno 1978*, Città del Vaticano 1978, pp. 37*, 42*, 56*, 69* e 75*). In quell'anno risultava vacante la sede suburbicaria di Albano, né era assegnata al Decano la diocesi di Ostia: entrambe erano di titolarità del Cardinale Luigi Traglia, Decano del Collegio cardinalizio e già Cancelliere di Santa Romana Chiesa, deceduto il 22 novembre 1977 (cfr. *Annuario pontificio per l'anno 1977*, Città del Vaticano 1977, p. 75*). La canonistica dunque a ragione ha potuto prendere atto che «con el pasar del tiempo el título suburbicario viene asignado a algunos de los cardenales que mantienen una colaboración más estrecha con el Papa»: J.I. Alonso Pérez, *Suburbicarias [dióceses]*, cit., p. 435.

¹¹⁸ Cfr. *Annuario pontificio per l'anno 2018*, cit., pp. 34*, 38*, 51*, 80*, 87* e 92*.

¹¹⁹ È emblematico al riguardo come, in passato, «Dal sec. XVIII il Decano “Pro tempore” del Sacro Collegio era il Prefetto nato della Sacra Congregazione Cerimoniale, poiché in ragione della sua lunga esperienza possedeva una maggiore conoscenza delle

L'identificazione di un gruppo circoscritto di porporati dimostrerebbe allora che la puntuale (anzi, certosina) redazione del dettato normativo, attraverso il quale il legislatore ha fatto tesoro delle vicissitudini che hanno tormentato la vita della Chiesa nei secoli trascorsi¹²⁰, non garantisca da sola il retto dispiegarsi dell'*iter* elettorale, soprattutto nell'ipotesi in cui i ruoli direttivi competano a Cardinali, per così dire, 'forestieri', che non figurano cioè tra i frequentatori assidui degli ambienti curiali (come potrebbero essere i Cardinali Patriarchi orientali o i Cardinali presbiteri, che seguono i Cardinali Vescovi per ordine di precedenza e in buona parte sono Vescovi diocesani)¹²¹: svelando il substrato causale del rescritto, che trarrebbe così fondamento da una ragione di opportunità oggettiva volta a tutelare il bene pubblico della Chiesa – e quindi, dei *christifideles* –, nella misura in cui sia assicurata l'adeguata predisposizione e gestione delle fasi che scandiscono l'elezione papale. Può dunque scorgersi un comune denominatore tra i *motu proprio* di Giovanni XXIII e di Paolo VI ed il *rescriptum ex audientia* di Francesco: se la duplice preclusione, diretta ai Cardinali presbiteri più anziani per promozione di transitare nell'ordine episcopale e ai Cardinali Vescovi più anziani per assegnazione di una diocesi suburbicaria di assumere *ipso iure* l'ufficio di Decano e di Sottodecano, era finalizzata a 'ringiovanire' il primo *ordo* cardinalizio, restituendone il pieno vigore sul piano funzionale, la cooptazione di quattro Cardinali al suo interno – peraltro analoga a quella dei Cardinali Patriarchi orientali decisa da Papa Montini, pur con effetti più limitati – si rivela strumentale al conseguimento del medesimo scopo; ma con la differenza che, ora, il Pontefice è sospinto a procedere repentinamente alla sostituzione dei porporati ottuagenari, avviando alla riduzione costante del numero di membri di un Collegio di elettori dal quale si è estromessi per ragioni anagrafiche.

L'intervento di Francesco, inoltre, rivela come nel pontificato attuale l'apporto di parti minoritarie del Collegio cardinalizio possa rilevare entro

tradizioni e delle norme della Curia Romana»: A. Rossi, *Il Collegio cardinalizio*, cit., p. 19.

¹²⁰ Per una ricostruzione storica cfr. P.V. Aimone Braida, *Le modalità procedurali dell'elezione del vescovo romano nel secondo millennio*, in *Apollinaris*, LXXIX (2006), pp. 483 ss.

¹²¹ Sulla composizione dell'ordine presbiterale cfr. J.I. Arrieta, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 285.

ambiti assai diversificati. In effetti, se, da un lato, *sede plena* il Papa ha rafforzato la dimensione collegiale dell'ufficio petrino (can. 333, § 3), avvalendosi di un gruppo¹²² – poi denominato Consiglio¹²³ – di Cardinali in larga misura Vescovi diocesani o emeriti residenti al di fuori dell'Urbe¹²⁴, dall'altro ha confermato il pecuniale ruolo ricoperto, *sede vacante*, dai Cardinali Vescovi che prestano o hanno prestato stabilmente il loro servizio nelle istituzioni ecclesiastiche apicali: a dimostrazione di come il Pontefice richieda che, a seconda delle circostanze, siano coinvolti prelati di diversa estrazione ('curiale' ovvero 'extracuriale') per dare risposte convenientemente calibrate ai bisogni di volta in volta emergenti nella *societas Ecclesiae*.

4. Criticità della soluzione adottata (e qualche proposta di riforma risolutiva)

4.1. La 'staticizzazione' della composizione dell'ordine dei Vescovi del Collegio cardinalizio...

¹²² Si veda il comunicato della Segreteria di Stato in *L'Osservatore romano*, 14 aprile 2013, p. 1

¹²³ Cfr. Francesco, *Chirografo* Tra i suggerimenti con il quale viene istituito un Consiglio di cardinali per aiutare il Santo Padre nel governo della Chiesa universale e per studiare un progetto di revisione della costituzione apostolica "Pastor Bonus" sulla Curia romana, 28 settembre 2013, in *L'Osservatore romano*, 30 settembre – 1° ottobre 2013, p. 1 (ed in A.A.S., CV [2013], pp. 875-876).

¹²⁴ Al 31 dicembre 2017 il Consiglio di Cardinali risulta formato da nove porporati: tre 'curiali' lato sensu (George Pell, Prefetto della Segreteria per l'economia; Pietro Parolin, Segretario di Stato; e Giuseppe Bertello, Presidente del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano); e sei 'extracuriali' (Óscar Andrés Rodríguez Maradiaga, Arcivescovo di Tegucigalpa; Francisco Javier Errázuriz Ossa, Arcivescovo emerito di Santiago de Chile; Seán Patrick O'Malley, Arcivescovo emerito di Saint Andrews and Edinburgh; Oswald Gracias, Arcivescovo di Bombay; Laurent Monsengwo Pasinya, Arcivescovo di Kinshasa; e Reinhard Marx, Arcivescovo di München und Freising). Cfr. *Annuario pontificio per l'anno 2018*, cit., pp. 37*, 50*, 54*, 64*, 66*, 71*, 74*, 75*, 83* e 1062. Invero nel *Bollettino* della Sala stampa della Santa Sede del 12 dicembre 2018, consultabile in <https://press.vatican.va>, si legge che «A seguito della richiesta espressa dai Cardinali, al termine della XXVI riunione del Consiglio dei Cardinali (10-12 settembre 2018), in merito ad una riflessione sul lavoro, sulla struttura e sulla composizione dello stesso Consiglio, tenendo anche conto dell'avanzata età di alcuni membri, il Santo Padre Francesco, alla fine di ottobre, ha scritto a Sua Eminenza il Card. George Pell, a Sua Eminenza il Card. Francisco Javier Errázuriz e a Sua Eminenza il Card. Laurent Monsengwo Pasinya, ringraziandoli per il lavoro da loro svolto in questi cinque anni. Considerata la fase del lavoro del Consiglio, non è prevista la nomina di nuovi membri al momento».

Al termine delle nostre riflessioni non possiamo non riscontrare una duplice criticità sottesa al rescritto pontificio qui esaminato.

Indubbiamente è stata data una soluzione a una situazione nella quale, in un ipotetico conclave, il principale ordine dei Cardinali non sarebbe stato rappresentato, se non tramite i Patriarchi orientali: con tutte le problematicità poc'anzi segnalate, conseguenti all'affidamento della direzione del Collegio degli elettori a porporati sostanzialmente 'estranei' alla compagine curiale. Nel solco della continuità istituzionale Francesco ha quindi ribadito con la sua decisione la rilevanza 'gestionale' del contributo dato dall'*ordo Episcoporum*, tradizionalmente composto dai collaboratori più vicini al papa nel governo della Chiesa universale, solitamente posti al vertice dei dicasteri della Curia romana.

Eppure la misura adottata presenta un limite evidente: la *transitorietà*. La cooptazione di quattro porporati equiparati, infatti, può ovviare soltanto nel breve-medio periodo alla mancanza di Cardinali elettori dell'ordine dei Vescovi: d'altronde, ben tre dei quattro beneficiari del provvedimento (i Cardinali Sandri, Ouellet e Filoni, con la sola eccezione del Cardinale Parolin) hanno già superato i settant'anni di età; e una volta raggiunti gli ottant'anni, perderanno il diritto di voce attiva nell'elezione papale, conservando però quella attiva e passiva nell'elezione del Decano e del Sottodecano (can. 352, §§ 2 e 3). È già stato appurato in precedenza come, nel corso dell'opera di revisione del Codice del 1917, in due occasioni fu posta in risalto l'incongruenza che questi ultimi fossero esclusi dal *coetus* dei votanti, determinandone così l'irrilevanza funzionale¹²⁵. In quella sede peraltro si prospettarono due rimedi volti a superare tale incongruenza, che possono esaminarsi a prescindere dall'equiparazione qui esaminata. Il primo rimedio, consistente nella perdita degli uffici decanale e sottodecanale al compimento degli ottant'anni, difficilmente oggi potrebbe essere integrato nel sistema normativo vigente, perché all'epoca fu concepito entro una riforma che prevedeva la partecipazione all'*iter* provvisoria di tutti i Cardinali elettori: allo stato attuale, invece, trattandosi di un'*electio* riservata soltanto ai sei Cardinali Vescovi, laddove ciascuno di essi fosse

¹²⁵ Cfr. *supra*, § 2.2.

ottuagenario nessuno si troverebbe a godere del diritto di voce passiva¹²⁶. Quanto al secondo rimedio, che avrebbe consentito al Decano ottuagenario di prendere parte all'elezione, non sembra del tutto confacente a quanto stabilito da Paolo VI con il *motu proprio Ingravescentem aetatem* del 1970 e in seguito confermato dai suoi successori, che non prevedeva un'eccezione di tale portata a favore di una sola persona, peraltro difficilmente giustificabile *ratione muneris* in raffronto al trattamento giuridico riservato al resto dei porporati. Occorrerebbe dunque elaborare soluzioni normative di portata differente, che evitino quantomeno di ridurre l'aggregazione all'ordine episcopale del Collegio cardinalizio a una mera 'onoreficenza vitalizia'.

Un'opzione cui potrebbe ricorrersi, per esempio, è quella di procedere a un ampliamento delle diocesi suburbicarie in forza di un rapporto di proporzionalità diretta: maggiore diviene il numero dei Cardinali Vescovi, maggiore diverrebbe la probabilità che si assista ad un avvicendamento costante nella titolarità di tali diocesi, scongiurando l'eventualità che tutti i porporati raggiungano l'età di ottant'anni. Una proposta *de iure condendo* che vedrebbe il coinvolgimento di una parte (se non la totalità) delle «sedi immediatamente soggette», ciascuna delle quali appartiene, parimenti alla diocesi di Roma e a quelle suburbicarie, alla Regione ecclesiastica del Lazio¹²⁷ – nel 1994 tali sedi corrispondevano alle circoscrizioni ecclesiastiche di Gaeta, Anagni-Alatri, Civita Castellana, Civitavecchia-Tarquinia, Frosinone-Veroli-Ferentino, Latina-Terracina-Sezze-Priverno, Rieti, Sora-Aquino-Pontecorvo (ora Sora-Cassino-Aquino-Montecorvo), Tivoli, Viterbo, Montecassino, San Paolo fuori le Mura (poi soppressa), Santa Maria di Grottaferrata e Subiaco¹²⁸ –, i cui

¹²⁶ È evidente come, nell'ipotesi in cui il diritto preveda la cessazione di un ufficio per raggiunti limiti di età (can. 184, § 1), sia implicitamente proibito conferire l'incarico a un soggetto che abbia già superato la soglia anagrafica oltre la quale viene meno la titolarità dell'ufficio stesso (cfr. can. 149, § 1).

¹²⁷ Cfr. Congregazione per i Vescovi, *Decreta quibus unaquaeque regio ecclesiastica Italiae in personam moralem canonice erigitur. Latii. De regionis ecclesiasticae in personam iuridicam erectione*, 4 novembre 1994, in A.A.S., LXXXVII (1995), pp. 374-375.

¹²⁸ Oggi dunque le sedi immediatamente soggette sono tredici, in quanto è stato soppresso il carattere ed il titolo di circoscrizione territoriale dell'Abbazia di San Paolo Fuori le Mura (cfr. Congregazione per i Vescovi, *Sancti Pauli de Urbe. De abbatiae territorialis extinctione. Decretum*, 7 marzo 2005, in A.A.S., XCVII [2005], pp. 445-446; Benedetto XVI, *Litterae apostolicae motu proprio datae* L'antica e venerabile

Statuti (art. 6) e Regolamento (art. 5) evidenziano il «particolare vincolo della Regione del Lazio con il Papa, Vescovo di Roma e Metropolita nella stessa Regione»¹²⁹. Un vincolo la cui peculiarità potrebbe ritenersi analoga a quella che contraddistingue il legame fondato su ragioni storiche tra il Papa e le sedi suburbicarie, tanto da poter giustificare una ‘forzatura’ atta a mutare le sembianze dell’assetto tradizionale della prima ‘classe’ di porporati, nella quale si farebbe ingresso a vita e il primo Cardinale Vescovo elettore più anziano assolverebbe ai compiti affidatigli dalla costituzione apostolica *Universi Dominici Gregis*.

Un’ulteriore soluzione accentuerebbe invece l’indole strumentale dell’ordine dei Vescovi, mediante l’introduzione di un meccanismo di ricambio dei suoi componenti fuoriusciti *ipso iure* dall’assemblea degli elettori del Vescovo di Roma. Innanzitutto, a norma delle disposizioni del *Codex Iuris Canonici* potrebbe essere prevista la perdita degli uffici di Decano e di Sottodecano per raggiunti limiti di età (can. 184, § 1)¹³⁰,

Basilica de Basilica Sancti Pauli in Urbe nec non de eius locis extraterritorialibus, 31 maggio 2005, *ivi*, pp. 769-771, in part. il n. 6). La sede episcopale di Sora-Aquino-Pontecorvo invece ha mutato nome in diocesi di Sora-Cassino-Aquino-Montecorvo, dopo che al suo interno sono state annesse cinquantatre parrocchie separate dall’Abbazia territoriale di Montecassino (cfr. Congregazione per i Vescovi, *Montis Cassini et Soranae-Aquinatensis-Pontiscurvi. De abbatiae territorialis Montis Cassini finium mutatione atque dioecesis Soranae-Aquinatensis-Pontiscurvi nominis mutatione. Decretum*, 23 ottobre 2014, *ivi*, CVI [2014], pp. 920-923). Si veda a tale proposito l’annuario della Conferenza episcopale italiana, consultabile all’indirizzo internet www.chiesacattolica.it, ove si enumerano i venticinque membri dell’assemblea regionale laziale, tra i quali figurano anche sette Vescovi ausiliari della diocesi di Roma, mentre alcuni Vescovi diocesani reggono una parte delle sedi suburbicarie quali amministratori apostolici.

¹²⁹ Cfr. Conferenza Episcopale della Regione Ecclesiastica Lazio, *Statuti*, 4 novembre 1994 e Ead., *Regolamento*, 19 ottobre 1999, entrambi consultabili in J.I. Arrieta, *Il sistema dell’organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*, cit., pp. 680-688.

¹³⁰ Invero il legislatore suole stabilire per gli uffici riservati a Cardinali l’invito a presentare la rinuncia al compimento del settantacinquesimo anno di età (cfr. can. 354; art. 5, § 2 della costituzione apostolica *Pastor Bonus* sulla Curia romana; art. 41, § 1 del *Regolamento generale della Curia romana* del 30 aprile 1999), che non costituirebbe tuttavia un termine finale, decorso il quale la titolarità dell’ufficio cessa di diritto: tant’è che, in linea di principio, se il Pontefice respinge le ‘dimissioni’ il titolare permane nel suo incarico essendo stato conferito a tempo indeterminato e non già in forza di una *prorogatio* all’uopo concessa. Ma laddove la rinuncia sia sistematicamente accettata, appare evidente come *de facto* si assista ad una ‘metamorfosi’ delle caratteristiche proprie dell’ufficio, che risulterebbe sostanzialmente conferito *ad tempus*, dando luogo ad una sovrapposizione (se non ad una commistione) tra le cause di perdita dell’ufficio ecclesiastico enumerate nel can. 184, § 1. Abbiamo già avuto modo di soffermarci su

sopravvenendo la *vacatio* solamente quando l'autorità competente la intimi per iscritto all'interessato (can. 186)¹³¹; e quest'ultimo, nel ricevere la notificazione papale dopo avere raggiunto gli ottant'anni diverrebbe 'emeritus', appellativo associato all'incarico di cui ha non ha più la titolarità (can. 185)¹³². Vi sono peraltro dei precedenti nei quali i Pontefici sono ricorsi all'istituto dell'emeritato, quando il Decano o il Sottodecano ha manifestato il desiderio di lasciare l'ufficio, di solito per non essere più vincolato all'obbligo di residenza nell'Urbe (can. 352, § 4) e fare dunque ritorno al paese di origine. Ciò è quanto accaduto di recente al Cardinale Roger Etchegaray, del titolo della chiesa suburbicaria di Porto-Santa Rufina, che all'età di novantaquattro anni è stato «dispensato dall'ufficio di Vice-Decano del Collegio Cardinalizio»¹³³ per decisione di Francesco il 10 giugno 2017, ricevendo perciò il titolo onorifico di «*Vice Decano emerito*»¹³⁴. Ma oltre quindici anni fa anche il Cardinale Bernardin Gantin (1922-2008), titolare della sede suburbicaria di Palestrina, chiese all'età di settantanove anni per ragioni di salute «di poter essere dispensato [...] dal compito di Decano del Collegio Cardinalizio»; e Papa Giovanni Paolo II accolse l'istanza, stabilendo che «Col compimento degli ottant'anni» il porporato avrebbe potuto «qualificarsi "Decano emerito" del Collegio cardinalizio»¹³⁵. Il Cardinale Gantin tuttavia risultò

questo aspetto, con particolare riferimento all'ufficio di Vescovo diocesano, in M. Ganarin, *Riflessioni a proposito delle disposizioni sulla rinuncia dei Vescovi diocesani e dei titolari di uffici di nomina pontificia*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 47 (2018), pp. 14 ss.

¹³¹ Evidentemente il Romano Pontefice. D'altra parte, a lui spetta approvare l'elezione del Decano e del Sottodecano (can. 350, §§ 1 e 2).

¹³² Un titolo onorifico che potrebbe essere assegnato *ipso iure*, come accade ai Vescovi diocesani e ai soggetti loro equiparati dal diritto quando la rinuncia al loro ufficio è stata accettata e in seguito notificata dal Romano Pontefice (can. 402, § 1).

¹³³ Così riporta il *Bollettino* della Sala stampa della Santa Sede del 10 giugno 2017, consultabile all'indirizzo internet <http://press.vatican.va> (e *L'Osservatore romano*, 11 giugno 2017, p. 1). Nel medesimo *Bollettino* si dava altresì notizia che il Papa aveva «poi approvato l'elezione – fatta dai Signori Cardinali dell'Ordine dei Vescovi – del nuovo Vice-Decano di detto Collegio, nella persona dell'Em.mo Card. Giovanni Battista Re, del Titolo della Chiesa suburbicaria di Sabina-Poggio Mirteto» (cfr. anche *Annuario pontificio per l'anno 2018*, cit., p. 80*).

¹³⁴ Cfr. *Annuario pontificio per l'anno 2018*, cit., p. 51*.

¹³⁵ Giovanni Paolo II, *Lettera al Cardinale Bernardin Gantin in occasione della rinuncia all'ufficio di Decano del Collegio Cardinalizio*, 19 marzo 2002, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. XXV, 1, Città del Vaticano 2004, p. 399. Si veda anche *Annuario pontificio per l'anno 2004*, Città del Vaticano 2004, p. 49*. A

dispensato altresì dall'annesso «titolo della Chiesa suburbicaria di Ostia, conservando solo il titolo della Chiesa suburbicaria di Palestrina»¹³⁶, a conferma che avrebbe continuato a fare parte dell'ordine dei Vescovi. Ancora prima il Cardinale Agnelo Rossi (1913-1995), pure lui Decano, compiuti gli ottant'anni di età presentò le dimissioni formali alla suprema autorità della Chiesa, la quale accettò la rinuncia «all'Ufficio di Decano del Sacro Collegio Cardinalizio ed al relativo titolo della diocesi suburbicaria di Ostia»¹³⁷: il dimissionario fu così appellato «già *Decano* del Collegio Cardinalizio»¹³⁸, mantenendo anche in quel caso il titolo della sede suburbicaria attribuita in precedenza (Sabina-Poggio Mirteto). È indicativo come i Cardinali Gantin e Rossi abbiano chiesto di lasciare il loro incarico perché il primo si accingeva a compiere gli ottant'anni di età, mentre il secondo aveva appena superato tale soglia anagrafica, risultando entrambi, una volta ottuagenari, esclusi dall'assemblea degli elettori del Papa: come se avessero la percezione (o forse, persino la convinzione) della vanificazione della ragione precipua che giustifica la conservazione della titolarità dell'ufficio di Decano del Collegio cardinalizio, la cui valenza funzionale oggettivamente viene meno nel momento in cui diviene *ipso iure* inabile a partecipare al conclave. Comunque sia, l'assegnazione della sede di Ostia è intimamente legata (anzi, subordinata) alla titolarità dell'ufficio decanale (can. 350, § 4): pertanto è del tutto consequenziale che il Cardinale Vescovo, avendo lasciato la carica di Decano, non conservi più il titolo della diocesi

seguito della dispensa il Cardinale Gantin divenne, dopo il Decano e il Vice-Decano, il terzo porporato per ordine di precedenza nell'ordine episcopale, risultando il Cardinale più anziano per assegnazione del titolo di una sede suburbicaria rispetto ai restanti Cardinali Vescovi (ossia Etchegary, López e Re: *ivi*, p. 25*).

¹³⁶ Così si legge nella sezione «Rinunce e nomine» del *Bollettino* della Sala stampa della Santa Sede del 30 novembre 2002, consultabile in <https://press.vatican.va>, ove si dava comunicazione ad un tempo che il Papa aveva accettato l'elezione del Cardinale Joseph Ratzinger, titolare della chiesa suburbicaria di Velletri-Segni e sino a quel momento Sottodecano del Collegio cardinalizio, che divenne così il nuovo Decano del Collegio medesimo (carica cessata, come noto, con l'elezione al soglio pontificio).

¹³⁷ Giovanni Paolo II, *Lettera al Cardinale Agnelo Rossi in occasione della sua rinuncia all'Ufficio di Decano del Collegio Cardinalizio*, 31 maggio 1993, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. XVI, 1, Città del Vaticano 1995, p. 1377.

¹³⁸ *Annuario pontificio per l'anno 1994*, Città del Vaticano 1994, p. 78*. È curioso notare come l'*Annuario* collochi il Decano dimissionario al primo posto nell'ordine dei Vescovi, sebbene il 5 giugno 1993 il Cardinale Bernardin Gantin fosse stato eletto nuovo Decano del Collegio cardinalizio (*ivi*, pp. 29*, 51* e 52*).

ostiense. Ma dalle concessioni papali ai Cardinali Gantin e Rossi potrebbe pure analogicamente ricavarsi, in linea di principio, l'ammissibilità di una *renuntiatio* ovvero di una *dispensatio*¹³⁹ che concerna l'appartenenza all'ordine dei Cardinali Vescovi; o, quantomeno, la possibilità di formalizzare un *modus* con il quale si possa disporre della titolarità delle diocesi suburbicarie allo scopo di garantire la sostituzione dei porporati ottuagenari. Essi quindi potrebbero fregiarsi del titolo di '*Cardinale Vescovo emerito*' e di '*titolare emerito*', associato sia all'ufficio (o dignità) che connotava l'aggregazione all'ordine episcopale¹⁴⁰ sia al titolo della sede suburbicaria cui erano legati¹⁴¹. L'avvicendamento tra i Cardinali

¹³⁹ Il can. 85 stabilisce che la dispensa è l'esonero dall'osservanza di una legge puramente ecclesiastica in un caso particolare: non sembra dunque possibile che la dispensa concerna un ufficio in quanto tale (salvo il termine 'dispensa' sia stato utilizzato secondo un'accezione 'atecnica'). L'atto pontificio di accettazione della rinuncia semmai potrebbe sottintendere implicitamente la *relaxatio* dall'obbligo, annesso a un ufficio conferito a tempo indeterminato come quello di Decano (e di Sottodecano) del Collegio cardinalizio, di non abbandonarlo liberamente, se non irresponsabilmente: tant'è che la *renuntiatio*, una volta presentata (cann. 187 e 189, § 1), è presumibilmente accolta laddove si fondi sopra una causa giusta e proporzionata (cann. 90, § 1 e 189, § 2).

¹⁴⁰ Si tratterebbe di un emeritato alquanto singolare: il Cardinale Vescovo ottuagenario, infatti, non perde la dignità cardinalizia, ma riceve un titolo onorifico che evidenzia l'appartenenza pregressa al primo ordine per precedenza del Collegio di Cardinali. Sulla questione circa la qualifica giuridica del cardinalato quale ufficio o dignità, scrive A. Viana, *Organización del gobierno en la Iglesia*, cit., p. 165: «El cardenalato o condició de cardenal no constituye propiamente un oficio eclesiástico, sino más bien un nombramiento o dignidad concedida por el papa a determinados fieles [...]. El nombramiento cardenalicio no tiene, sin embargo, un significado meramente honorífico, sino que comporta importantes funciones en la organización eclesiástica».

¹⁴¹ Si noti che i Cardinali, ciascuno dei quali riceve la consacrazione episcopale (can. 351, § 1), o figurano tra i Vescovi diocesani se attualmente preposti a una diocesi o a una circoscrizione ecclesiastica ad essa assimilata (cann. 368 e 381, § 2); o sono ascritti nel novero dei Vescovi titolari, laddove non provvedano alla cura pastorale di una *portio populi Dei* (can. 376). Posto che tradizionalmente i Cardinali Vescovi cooperano o hanno cooperato a stretto contatto con il Papa nel governo della Chiesa universale, essi appartengono a quest'ultima categoria: segnatamente, ad oggi vi sono porporati emeriti sia della diocesi che hanno precedentemente governato (can. 402, § 1) sia dell'ufficio loro affidato successivamente nella Curia romana (i Cardinali Etchegaray e Bertone, oltre ad essere capi dicastero emeriti sono rispettivamente Arcivescovi emeriti di Genova e di Marsiglia); e vi sono porporati ai quali è stata assegnata la titolarità di una diocesi estinta nonché la qualifica di *emeritus* dell'ufficio ricoperto, anche in questo caso, nella Curia romana: un incarico terminato con l'accettazione e la comunicazione della rinuncia presentata al Romano Pontefice una volta compiuti i settantacinque di età (è il caso dei Cardinali Arinze, Re, Saraiva Martins e Sodano). È possibile dunque che i Cardinali in quanto Vescovi titolari possano cumulare più titoli,

Vescovi tuttavia non dovrebbe compromettere in alcun modo l'integrità del titolo di appartenenza, *ratione incardinationis*, al Collegio dei Cardinali, che presuppone l'unione al clero romano mediante la presa di possesso *esclusiva* di un titolo o di una diaconia dell'Urbe. Laddove, infatti, il sistema di ricambio si limitasse all'attribuzione del titolo di *emeritus*, che rimarca solamente la valenza onorifica del vincolo non più esistente *in actu* tra il porporato e l'ordine cui non fa più parte¹⁴², si darebbe luogo ad una *capitis deminutio* in raffronto allo *status* sia dei Cardinali Vescovi elettori sia di quelli dell'ordine presbiterale e diaconale (elettori e non), ai quali sono assegnati *tituli* non condivisi con altri membri del Collegio. Per evitare questo inconveniente, si potrebbe allora riconoscere a favore dei Cardinali appena assunti nell'ordine episcopale o il diritto di ritenere *in commendam* il titolo o la diaconia cardinalizia loro attribuita quando sono stati elevati alla dignità cardinalizia (can. 350, §

dalla valenza simbolica o onorifica, ricollegabili ad uffici ecclesiastici che poi hanno lasciato per rinuncia accettata (*rectius* per raggiunti limiti di età): titoli ai quali potrebbe aggiungersi quello di 'emerito' nel caso in cui fosse esteso pure ai Cardinali Vescovi che lasciano l'ordine episcopale del Collegio cardinalizio e perciò non hanno più la titolarità di una diocesi suburbicaria, sebbene non abbiano assunto in forza della loro promozione a tale ordine un ufficio ecclesiastico *stricto sensu*.

Il titolo di *emeritus* dunque potrebbe impiegarsi flessibilmente, per onorare i Cardinali che hanno svolto incarichi di prima importanza a livello apicale, tanto da essere integrati nel primo ordine per precedenza del Collegio. D'altronde, come ha lucidamente posto in evidenza A. Viana, *Obispos titulares. Elementos de tradición canónica y regulación actual*, in *Ius canonicum*, XLIV (2004), p. 535, specialmente alla luce dei più recenti approfondimenti magisteriali della Chiesa sulla dottrina della collegialità episcopale «la función episcopal no guarda relación necesaria, aunque sí prioritaria y ordinaria, con la presidencia de una Iglesia particular [cfr. can. 375, § 1: *n.d.A.*]. Por eso, lo más adecuado es atribuir a cada obispo no un título simbólico sino real, es decir, que haga referencia a la cura de almas y al oficio que realmente se ejercerá. De hecho la praxis de la sede apostólica ha ido marcando una tendencia hacia la conexión entre el título episcopal y el oficio que se desempeña o se ha desempeñado» (anche se, come abbiamo appurato, ai Cardinali che non hanno retto Chiese particolari ma assunto solo uffici curiali è pur sempre attribuito il titolo di una diocesi soppressa, probabilmente per soddisfare un'esigenza di natura ecclesiologica derivante dalla compartecipazione al ministero del capo del Collegio episcopale).

¹⁴² Come evidenzia B.F. Pighin, *Profilo giuridico del Vescovo emerito*, in *Ius Ecclesiae*, XIII (2001), p. 781, «l'emeritato consiste solo in un titolo di onore che l'autorità competente a provvedere a un ufficio può concedere a chi lo perde per raggiunti limiti di età o per rinuncia accettata. Esso ha fondamento nell'esercizio lodevole di un ufficio, nei confronti del quale non permane altro legame che quello onorifico di portarne il titolo, ma con l'evidenziazione di non esserne più il titolare effettivo».

2)¹⁴³, che permarrebbe dunque nella loro titolarità anche dopo avere compiuto gli ottant'anni; o, alternativamente, lo *ius optionis* perché scelgano un titolo dell'Urbe non 'occupato' da un altro porporato, collocandosi ai primi posti dell'ordine presbiterale affinché precedano per ragioni onorifiche gli altri Cardinali presbiteri ed i membri dell'ordine dei diaconi¹⁴⁴.

La predeterminazione di un automatismo non incentrato sul criterio dell'anzianità di promozione e volto ad agevolare il ricambio generazionale interno all'ordine episcopale non dovrebbe essere inteso come una forma di 'declassamento', ma piuttosto come un'occasione proficua di riscoprire il peculiarissimo servizio che, seppure *ad tempus*, i Cardinali Vescovi renderebbero al bene della Chiesa, soprattutto nelle fasi di transizione più delicate che essa inevitabilmente attraversa. La reviviscenza dell'essenza più profonda della funzione cardinalizia appare in sintonia sia con le linee direttive sia con i principi programmatici del pontificato di Francesco, il quale ha posto in evidenza che il cardinalato «non significa una promozione, né un onore, né una decorazione; semplicemente è un servizio che esige di ampliare lo sguardo e allargare il cuore», intraprendendo «la via dell'abbassamento e dell'umiltà, prendendo forma di servitore (cfr. *Fil* 2, 5-8)»¹⁴⁵. Una dimensione diaconale che emerge evidente non solo nel magistero ma anche negli atti di rilevanza canonistica di Papa Bergoglio, deciso a fugare ogni dubbio sulla necessità che ogni Cardinale cui è stato affidato un ufficio di nomina pontificia rassegni le sue dimissioni una volta raggiunti i settantacinque anni di età, al punto da ingiungere tale adempimento in modo da escludere la provvisione di incarichi vitalizi¹⁴⁶: delineando così un quadro

¹⁴³ Si consideri a tale proposito il Cardinale Angelo Sodano, che sebbene risulti titolare sia della sede suburbicaria di Albano dal 10 gennaio 1994 sia, in quanto Decano del Collegio cardinalizio, di quella di Ostia dal 30 aprile 2005, ritiene *in commendam* pure il titolo di Santa Maria Nuova assegnato quando fu creato Cardinale presbitero nel concistoro del 28 giugno 1991 (cfr. *Annuario pontificio per l'anno 2018*, cit., p. 92*).

¹⁴⁴ In questo caso, dunque, i Cardinali ottuagenari che hanno fatto parte dell'ordine dei Vescovi godrebbero dello *ius praecedentiae* all'interno dell'ordine presbiterale, occupando i primi posti sulla base del criterio dell'anzianità di assegnazione del titolo di una sede suburbicaria.

¹⁴⁵ Francesco, *Nuntii. Ad eos qui Romana Purpura honestabuntur apud Consistorium die 22 mensis Februarii, anno 2014*, 12 gennaio 2014, in A.A.S., CVI (2014), p. 98.

¹⁴⁶ Cfr. Francesco, *Rescriptum ex audientia Ss.mi sulla rinuncia dei Vescovi diocesani e dei titolari di uffici di nomina pontificia*, 3 novembre 2014, in *L'Osservatore romano*,

normativo nel quale il Decano e il Sottodecano, sebbene siano abilitati *per modum electionis* a svolgere i rispettivi ruoli a tempo indeterminato, darebbero luogo ad un'“anomalia” destinata ad essere risolta.

Vi sono quindi diversi rimedi all'uopo congegnabili, in grado di superare definitivamente le disfunzioni più volte segnalate e, se del caso, di assicurare la compresenza nel *coetus* elettorale del Decano e del Sottodecano elettori nonché degli altri Cardinali Vescovi, lasciando immutato il numero sia dei porporati integrati nel primo ordine cardinalizio (sei) sia delle sedi suburbicarie (sette). Proposte risolutive suscettibili di perfezionamento, mediante l'introduzione di trattamenti giuridici differenziati o di norme di carattere eccezionale che salvaguardino particolari equilibri o l'onore delle persone coinvolte: così, per esempio, il Decano emerito potrebbe conservare *ratione dignitatis*, anche se ottantenne, il titolo della sede suburbicaria ricevuto prima di cumulare quello della diocesi di Ostia (can. 350, § 4), avendo ancora voce attiva (ma non, per ovvie ragioni, quella passiva) nell'elezione sia del nuovo Decano sia del Sottodecano¹⁴⁷.

4.2. ...e la menomazione della romanitas del consesso elettorale (e dunque dell'elezione pontificia)

Vi è infine un secondo aspetto controverso che il rescritto di Francesco non sembra avere affrontato. È stato posto in risalto dalla canonistica come l'elezione pontificia rappresenti «uno snodo teologico ed ecclesiologico, prima che giuridico»¹⁴⁸ alquanto problematico: l'ufficio petrino, infatti, compendia in sé il *triplex munus* di Vescovo di Roma, di capo del Collegio episcopale e di pastore della Chiesa universale (can. 331). Una triplice funzione apicale che deve proporzionatamente

6 novembre 2014, p. 6 (ed in A.A.S., CVI [2014], pp. 882-884) (in part. art. 6); Id., *Lettera apostolica in forma di motu proprio* Imparare a congedarsi con cui si regola la rinuncia, a motivo dell'età, dei titolari di alcuni uffici di nomina pontificia, 12 febbraio 2018, in *L'Osservatore romano*, 16 febbraio 2018, p. 7 (in part. artt. 2, 4 e 5).

¹⁴⁷ Un'ipotesi comunque da valutare attentamente, perché potrebbe verificarsi nel corso del tempo che buona parte o finanche la maggioranza dei Cardinali Vescovi sia formata da Decani emeriti, compromettendo così il ricambio interno all'ordine episcopale.

¹⁴⁸ M.F. Pompèdda, *Introduzione* [alla costituzione apostolica *Universi Dominici Gregis*], in P.V. Pinto (a cura di), *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, cit., p. 307.

riflettersi nell'adunanza degli elettori chiamati a scegliere il successore nella *cathedra Petri*, onde conferire una sorta di 'legittimazione teologica' all'atto di provvisione canonica dell'ufficio capitale.

Il Collegio cardinalizio dunque deve essere 'modellato' meditatamente perché presenti una dimensione ad un tempo *collegiale, universale e romana*. Se la consacrazione episcopale dei porporati – can. 351, § 1, che ha codificato quanto stabilito da Giovanni XXIII con il *motu proprio Cum gravissima* – realizza il presupposto ecclesiologico alla luce del quale Giovanni Paolo II ha potuto affermare che il *coetus* cardinalizio «svela di più il carattere collegiale del ministero episcopale, cioè la sollecitudine collegiale di tutti i Vescovi della Chiesa nel campo dell'insegnamento, della cura pastorale e della santificazione del Popolo di Dio»¹⁴⁹, la cattolicità della Chiesa, invece, si 'incarna' nella composizione assai variegata del *coetus* medesimo, che oggi riunisce personalità provenienti da paesi e culture diverse¹⁵⁰. Quanto al radicamento romano del Collegio, esso si materializza nel singolare titolo di incardinazione alla diocesi di Roma dei Cardinali, ciascuno dei quali è pertanto unito al clero di tale Chiesa particolare dando luogo ad un legame che nel corso dei secoli è andato prima rinsaldandosi per poi sopravvivere tuttora, nonostante assuma una valenza che comunemente si ritiene simbolica per due ragioni precipue: perché il Collegio è stato protagonista a partire dalla seconda metà del XX secolo di un graduale processo di internazionalizzazione determinato dalle esigenze attuali e volto a incrementare la rappresentatività universale della compagine ecclesiale – basti pensare non soltanto alla creazione di un numero sempre più elevato di porporati

¹⁴⁹ Giovanni Paolo II, *Discorso ai partecipanti dell'Assemblea plenaria del Sacro Collegio dei Cardinali*, 23 novembre 1982, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. V, 3, Città del Vaticano 1982, p. 1417.

¹⁵⁰ Come rilevava Benedetto XVI, *Homiliae. In Consistorio Ordinario Pubblico ad creandos tres et viginti novos Cardinales*, 24 novembre 2007, in *A.A.S.*, XCIX (2007), p. 1045, «I tempi sono mutati e la grande famiglia dei discepoli di Cristo è oggi disseminata in ogni continente sino agli angoli più remoti della terra, parla praticamente tutte le lingue del mondo e ad essa appartengono popoli di ogni cultura. La diversità dei membri del Collegio Cardinalizio, sia per provenienza geografica che culturale, pone in rilievo questa crescita provvidenziale ed evidenzia al tempo stesso le mutate esigenze pastorali a cui il Papa deve rispondere. L'universalità, la cattolicità della Chiesa ben si riflette pertanto nella composizione del Collegio dei Cardinali: moltissimi sono Pastori di comunità diocesane, altri sono al diretto servizio della Sede Apostolica, altri ancora hanno reso benemeriti servizi in specifici settori pastorali».

extraeuropei in larga parte residenti fuori Roma¹⁵¹, ma altresì alla peculiare collocazione dei Cardinali Patriarchi orientali, aggregati nell'ordine episcopale pur conservando il titolo della rispettiva sede patriarcale (can. 350, § 3)¹⁵² –; e perché i Cardinali, *uti singuli*, non possono esercitare come accadeva in passato la *potestas regiminis* sulle diocesi suburbicarie, sui titoli e sulle diaconie cardinalizie loro affidate (can. 357, § 1)¹⁵³, per fare sì che coadiuvino fattivamente il Papa quali suoi primi consiglieri e collaboratori (can. 349): un aspetto che evidenzia come «La evolución del contenido de “título” de los Cardenales acentúa su carácter de ministerio al servicio de la Iglesia universal»¹⁵⁴.

La simultanea e inseparabile compresenza specialmente dei tratti di *romanitas* e di *universalitas* del cardinalato è peraltro stata codificata dal legislatore canonico. Secondo un'espressione tradizionale opportunamente riprodotta nel *Codex* del 1983, infatti, i Cardinali integrati nel presbiterio romano sono «Sanctae Romanae Ecclesiae» e non soltanto «Sanctae Ecclesiae»; e durante la stesura della promulganda codificazione si rilevò che «Ecclesiam universam esse romanam, quia eius Caput est Romanus Pontifex»¹⁵⁵: proprio ad evidenziare che il Pontefice eletto è romano in quanto universale e, al tempo stesso, universale in

¹⁵¹ Cfr. J. Miñambres, *Il governo della Chiesa durante la vacanza della sede romana e l'elezione del Romano Pontefice*, in *Ius Ecclesiae*, VIII (1996), p. 722; J.I. Arrieta, *Il sistema elettorale della cost. ap. «Universi Dominici Gregis»*, *ivi*, XII (2000), p. 143.

¹⁵² Cfr. M. Mosconi, *L'elezione del Romano Pontefice come espressione del suo ufficio di «perpetuo e visibile principio e fondamento dell'unità sia dei Vescovi sia della moltitudine dei fedeli» (LG 23)*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, XXII (2009), p. 256; J.A. Araña, *Colegio cardenalicio*, in J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (ed.), *Diccionario general de derecho canónico*, vol. II, cit., p. 227.

¹⁵³ Secondo C.G. Fürst, *Sub can. 357*, in Á. Marzoa – J. Miras – R. Rodríguez-Ocaña (ed.), *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, vol. II/1, cit., p. 641, «El canon [...] concurre también a debilitar la ficción de que los Cardenales son clérigos de Roma».

¹⁵⁴ D.A. Rubio, *El «título» de los Cardenales desde el Codex de 1917 hasta la legislación vigente*, in J. Martínez Torrón – S. Meseguer Velasco – R. Palomino Lozano (ed.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, vol. II, Madrid 2013, p. 2534.

¹⁵⁵ Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo. Coetus studii «De Sacra Hierarchia», *Sessio XV (dd. 2-6 decembris a. 1974 habita)*, cit., p. 78. In quella occasione il Segretario aggiunto del gruppo di studio replicò al rilievo di un consultore, secondo cui i Cardinali avrebbero dovuto considerarsi 'della Santa Chiesa' «quia Collegium Cardinalium est institutio Ecclesiam universalis et non solum Ecclesiae Romanae».

quanto romano; e, del pari, il Collegio cardinalizio non può non riflettere necessariamente questo vincolo di interdipendenza caratterizzante il ministero primaziale, rivelando le implicazioni ecclesiologiche pregnanti sottese alla sua fisionomia e, segnatamente, alla relazione solo in apparenza fittizia (o nominale) e giuridicamente irrilevante sussistente tra i Cardinali e i rispettivi *tituli*¹⁵⁶: «c'est en tant que membres du clergé romain» – è stato lucidamente scritto – «qu'ils élisent l'Évêque de Rome»¹⁵⁷. Per tale ragione Giovanni Paolo II ha riconfermato il sistema elettorale consolidato e, prima di lui, Paolo VI ha deciso di non avallare il progetto di ampliamento della schiera degli elettori onde ricomprensivi rappresentanti, sì, della Chiesa universale, ma non incardinati nella diocesi di Roma¹⁵⁸ – vale a dire i membri del Consiglio della Segreteria generale del Sinodo dei Vescovi¹⁵⁹, nonostante abbia comunque rafforzato in misura limitata la cattolicità del conclave mediante l'inclusione nel Collegio dei Cardinali Patriarchi orientali: i quali, essendo incardinati *extra Urbem*, non apparterrebbero propriamente alla schiera dei Cardinali 'di Santa Romana Chiesa'¹⁶⁰ –. Il punto di equilibrio che ancora

¹⁵⁶ Cfr. D.A. Rubio, *El «título» de los Cardenales desde el Codex de 1917 hasta la legislación vigente*, cit., pp. 2540-2541.

¹⁵⁷ J.-B. d'Onorio, *Le pape et le gouvernement de l'Église*, cit., p. 436.

¹⁵⁸ Non manca tuttavia chi ritiene che il numero dei Cardinali sia eccessivamente ridotto, tanto che l'assemblea dei Cardinali elettori dovrebbe essere ampliata in misura tale da riflettere più fedelmente l'ecclesiologia del Concilio Vaticano II e ridurre l'influenza del Pontefice regnante sull'elezione del suo successore attraverso la creazione continua di nuovi porporati (cfr. R. Puza, *Le nouveau règlement de l'élection pontificale*, in *Revue de droit canonique*, XLVIII [1998], p. 174).

¹⁵⁹ Cfr. Paolo VI, *Allocutiones. E.mi Patribus et Exc.mis Praesulibus e Consilio Secretariae generalis Synodi Episcoporum, qui Conventui Romae habito interfuerunt*, 24 marzo 1973, in *A.A.S.*, LXV (1973), pp. 247-248. Sul punto rinviamo alle considerazioni di P. Majer, «*Universi Dominici Gregis*». *La nueva normativa sobre la elección del Romano Pontífice*, cit., pp. 675-676; di O. Pasquato, *Il Conclave e l'elezione del Romano Pontefice. Aspetti storici*, in Ufficio delle celebrazioni liturgiche del Sommo Pontefice, *La Sede Apostolica vacante. Storia – legislazione – riti – luoghi e cose*, Città del Vaticano MMV, p. 129; e di M. Mosconi, *L'elezione del Romano Pontefice come espressione del suo ufficio di «perpetuo e visibile principio e fondamento dell'unità sia dei Vescovi sia della moltitudine dei fedeli» (LG 23)*, cit., p. 250.

¹⁶⁰ Annotava A. Rossi, *Il Collegio cardinalizio*, cit., p. 23: «Nella storia della Chiesa, attraverso i secoli, si verifica un netto passaggio dal cardinalato romano a quello italiano e, poi, europeo ed oggi a quello internazionale, come vuole il Concilio Vaticano II per la Curia Romana. Ma, in verità, tutti sono Cardinali di Santa Romana Chiesa, con le loro chiese titolari a Roma. Ecclesialmente continua sempre il carattere romano del

oggi trova nel Collegio cardinalizio una soluzione istituzionale appropriata sul piano teologico ed efficace sul piano pratico (la convocazione di un corpo elettorale ristretto ma comunque universale per provenienza dei suoi membri facilita l'elezione in tempi rapidi del successore di Pietro), come evidenziava Papa Montini nella parte introduttiva della costituzione apostolica *Romano Pontifici eligendo* appalesa l'utilità di conservare la riserva elettorale posta a favore dei Cardinali «qui Romanam Ecclesiam repraesentant»¹⁶¹. Ma è soprattutto Giovanni Paolo II che nel proemio della costituzione apostolica *Universi Dominici Gregis* argomenta più articolatamente tale postulato, nel precisare che il Collegio dei Cardinali «quasi mirabili compendio» esprime i caratteri propri dell'ufficio petrino, la cui *romanitas* in particolare si identifica anche nei Cardinali Vescovi delle sedi suburbicarie, i quali parimenti ai porporati dell'ordine presbiterale e diaconale fungono da rappresentanti qualificati del clero della chiesa di Roma¹⁶².

Ora, se il legislatore ha rimarcato *ex professo* la rappresentatività ecclesiologica dei tre ordini del Collegio cardinalizio, l'assenza o la partecipazione esigua in conclave dei porporati ai quali è stato dato il titolo delle chiese suburbicarie potrebbe in qualche modo indebolire il carattere romano dell'elezione pontificia: e ciò in conseguenza dell'estromissione dei membri del primo ordine di Cardinali associati ai *tituli* delle diocesi vicine a quella di Roma e strettamente unite per ragioni

cardinalato». Un carattere che tuttavia non sembra sussistere, *ratione incardinationis*, riguardo ai Cardinali Patriarchi orientali.

¹⁶¹ Paolo VI, *Constitutio apostolica Romano Pontifici eligendo de Sede Apostolica Vacante deque electione Romani Pontificis*, cit., p. 610.

¹⁶² «[...] Confirmantes idcirco vigentem Codicis Iuris Canonici regulam (cfr can. 349 C.I.C.), in qua plane apparet millenarius Ecclesiae agendi mos, denuo iteramus electorum Summi Pontificis Collegium solummodo constitui ex Patribus S.R.E. Cardinalibus. In iis, quodam quasi mirabili compendio, duae rationes habentur quae figuram officiumque Romani Pontificis designant: scilicet *Romani*, quia idem est ac Episcopus Ecclesiae quae est Romae, ideoque inter Ipsum et huius Urbis Clerum, cuius personam ferunt Cardinales titulum presbyteralium et diaconalium Romae nec non Cardinales Episcopos Sedium suburbicariarum, arta intercedit necessitudo; *Pontificis Ecclesiae universalis*, quoniam visibiliter ad sustinendas partes vocatur invisibilis Pastor, qui ad vitae aeternae pascua ducit integrum gregem. Ecclesiae porro universalitas ipsa Patrum Cardinalium Collegii compositione demonstratur, quod singularum continentium Purpuratos amplectitur [...]»: Giovanni Paolo II, *Constitutio apostolica Universi Dominici Gregis de Sede Apostolica vacante deque Romani Pontificis electione*, cit., pp. 307-308.

storiche ad essa¹⁶³. Una circostanza da cui emerge la necessità di approntare una riforma che concili la struttura interna del Collegio con l'individuazione *ratione aetatis* di un *coetus* di Cardinali elettori più circoscritto. La misura adottata da Francesco, a tale proposito, pur nella sua temporaneità sembra confermare la regola di cui al n. 33 UDG che priva i Cardinali ottuagenari del diritto di voto. Com'è già stato appurato dall'analisi del *rescriptum* del 26 giugno 2018¹⁶⁴, l'urgenza di allargare l'ordine dei Vescovi del Collegio cardinalizio è stata ravvisata nella difficoltà di procedere ad un ricambio dei suoi componenti, i quali facendone parte a vita sono diventati tutti ottuagenari – ad eccezione di due Patriarchi orientali – e perciò esclusi dal prossimo conclave.

Il problema cui il Pontefice ha tentato di porre rimedio, in altre parole, è fondamentalmente *strutturale* in considerazione del numero assai limitato e fisso dei Cardinali assunti nel primo ordine cardinalizio. Un problema che, al contrario, non investe gli ordini dei Cardinali presbiteri e diaconi, la cui composizione è estremamente flessibile in quanto può essere integrata attraverso la creazione di nuovi titoli e diaconie cardinalizie affidate a porporati non ottuagenari. Ecco dunque il *finis operantis* che ha informato l'azione del legislatore universale, volta ad incidere direttamente sulla triplice articolazione del Collegio e, indirettamente, sull'applicazione della *lex peculiaris* disciplinante la Sede Apostolica vacante e l'elezione papale. Trattasi di un intervento che, pure nell'eventualità in cui si fosse concretato in una misura di riassetto atta a ridefinire permanentemente l'impianto del *coetus* cardinalizio, non può fare a meno di ricercare un equo bilanciamento tra tradizione e innovazione lungo il versante disciplinare nonché tra romanità e universalità (e collegialità) lungo il versante ecclesiologico. D'altro canto, la nomogenesi canonica non può eludere ma, anzi, deve confrontarsi con le irriducibili specificità che contraddistinguono la Chiesa e il suo diritto: e la cooptazione di quattro Cardinali assimilati, se per un verso si pone all'insegna della continuità istituzionale, non avendo incrementato il numero delle sedi suburbicarie, per l'altro tuttavia non ha fortificato,

¹⁶³ Sullo stretto legame che storicamente unisce le diocesi suburbicarie alla sede romana cfr. A. Rossi, *Il Collegio cardinalizio*, cit., p. 162.

¹⁶⁴ Cfr. *supra*, § 3.1.

mediante la finzione giuridica introdotta dall'*aequiparatio*, il carattere romano del consesso elettorale.

Appendice. Rescriptum ex audientia Ss.mi: *Rescritto del Santo Padre Francesco con cui ha deciso di cooptare nell'Ordine dei Vescovi, equiparandoli in tutto ai Cardinali insigniti del titolo di una Chiesa suburbicaria, i Cardinali Parolin, Sandri, Ouellet e Filoni*¹⁶⁵

I Romani Pontefici hanno sempre guardato con occhi di fraterna predilezione al Collegio dei Padri Cardinali. Essi, infatti, offrono un peculiare sostegno alla missione del Successore di Pietro, portando il prezioso contributo della loro esperienza e del servizio alle Chiese particolari sparse in tutto il mondo e arricchendo in modo efficace il legame di comunione con la Chiesa di Roma.

In questi ultimi decenni si è registrato un significativo ampliamento del Collegio dei Cardinali. Al suo interno, tuttavia, mentre i Membri appartenenti agli Ordini dei Presbiteri e dei Diaconi sono considerevolmente aumentati, il numero di quelli che fanno parte dell'Ordine dei Vescovi è rimasto costante e invariato nel tempo. Pertanto, vedendo la necessità di allargare l'attuale composizione dell'Ordine dei Vescovi,

il Sommo Pontefice Francesco,

nell'Udienza concessa al sottoscritto Sostituto per gli Affari Generali il 12 giugno 2018, ha deciso di cooptare nell'Ordine dei Vescovi, equiparandoli in tutto ai Cardinali insigniti del titolo di una Chiesa suburbicaria, in deroga ai canoni 350 §§ 1-2 e 352 §§ 2-3 CIC, i seguenti Porporati:

Sua Eminenza il Card. Pietro Parolin,
del Titolo di Ss. Simone e Giuda Taddeo a Torre Angela,
Segretario di Stato;

Sua Eminenza il Card. Leonardo Sandri,

¹⁶⁵ Cfr. *Bollettino* della Sala stampa della Santa Sede del 26 giugno 2018, in <http://press.vatican.va>; *L'Osservatore romano*, 27 giugno 2018, p. 7.

del Titolo dei Ss. Biagio e Carlo ai Catinari,
Prefetto della Congregazione per le Chiese Orientali;

Sua Eminenza il Card. Marc Ouellet,
del Titolo di S. Maria in Traspontina,
Prefetto della Congregazione per i Vescovi;

Sua Eminenza il Card. Fernando Filoni,
Diacono di Nostra Signora di Coromoto in S. Giovanni di Dio,
Prefetto della Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli.

Il presente Rescritto sarà promulgato tramite pubblicazione su
«L'Osservatore Romano», entrando in vigore il 28 giugno 2018, e quindi
pubblicato sugli «Acta Apostolicae Sedis».

Dal Vaticano, 26 giugno 2018.

+ Angelo Becciu
Sostituto

Abstract: With a rescript ex audientia SS.mi dated 26 June 2018, Pope Francis has transferred three Cardinals priests and one Cardinal deacon to the order of Bishops within the College of Cardinals, equating them in all respects to the Cardinals holding the title of a suburbicarian church notwithstanding the 1983 Code of Canon Law. The contribution seeks to identify the reasons behind this pontifical decision, which modifies the structure of the College of Cardinals and will influence the election of the successor of Peter.

Key words: College of Cardinals, order of the Cardinals Bishops, Cardinal Dean, conclave, election of the Roman Pontiff, vacancy of the Apostolic See.

Valentina Chiesi

Cultrice della materia, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Dal funzionalismo strutturale al “nichilismo giuridico”*

Niklas Luhmann's functionalism and the "juridical nihilism"

SOMMARIO: 1. Uno sguardo alla contemporaneità *attraverso* il movimento delle categorie moderne. – 2. Diritto come *terzietà*: dal terzo-Altro al terzo condizionale. – 3. Introduzione al funzionalismo strutturale di Niklas Luhmann. – 4. La funzione immunitaria del diritto e la critica di Bruno Romano. – 5. Dogmatica giuridica e principio di funzione. *Da Luhmann a Romano, e ritorno.* – 6. Il “nichilismo giuridico” come proceduralismo: la prospettiva di Natalino Irti.

1. Uno sguardo alla contemporaneità attraverso il movimento delle categorie moderne.

Approcciare la *contemporaneità giuridica*, come la *contemporaneità* in generale, non è operazione “immediata”, ma quanto meno ardua, soprattutto per la penna ancora inesperta di chi scrive.

Mi sono imposta un atteggiamento di apertura argomentativa, scevra di ogni intento di rigida definizione, ritenendola necessaria per tentare di cogliere anche solo alcuni degli aspetti determinanti l'*oggi* sociale e giuridico.

Non a caso, si stratificano molteplici espressioni, sospese nel tentativo di definire una condizione dell'essere-uomo, quella attuale, profondamente trasformativa ma non più “transitoria”.

Parlare di trasformatività e transitorietà mi consente di recuperare la rilettura che Emanuele Severino propone di alcune delle metafore nietzschiane a cui dà voce Zarathustra.

Severino, filosofo che tornerò ad interrogare più avanti, scrive: “*Dalla cima di un monte si sono staccati molti macigni. Rotolando verso il basso si urtano. Alcuni sono già spezzati. Il loro contrasto è ben visibile. Ma non si possono chiudere gli occhi di fronte al loro vero e comune nemico: la forza di gravità, che li fa precipitare. I macigni si chiamano*

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

tradizione occidentale (e quel che resta di quella orientale), cioè cristianesimo, islam, capitalismo, comunismo, democrazia, nazionalismo eccetera. Lo spirito di gravità che li spinge al tramonto è la concezione che il nostro tempo possiede della realtà. Essa non crede che il mondo abbia un senso, tanto meno un senso inviolabile e divino. (...) Lo spirito di gravità è il processo in cui l'essenza del pensiero filosofico del nostro tempo si unisce alla Tecnica, liberandola da ogni limite e ostacolo assoluto. Certo, tra i macigni, alcuni – capitalismo e democrazia moderna – sono più congegnali allo spirito di gravità; altri – cristianesimo, islam, comunismo – meno”¹.

Come egli stesso premette ne *l'Avvertenza* all'opera citata, lo spirito di gravità è l'essenza del nostro mondo, intesa come forza che attrae verso la terra i *macigni* in cui si sgretola irrimediabilmente la *montagna* della modernità.

Trasformatività, allora, in quanto non esiste più quella *montagna*, né potrà più esistere, nonostante gli sforzi vani dei *macigni* per mantenersi immobili ed uguali a se stessi.

Non più transitorietà in quanto, se non già a terra, i *macigni* fluttuano in quell'istante che di poco precede l'impatto che, una volta avvenuto, stabilizzerà la conformazione nuova di una realtà, diversamente, ma ancora e nonostante tutto, stabile.

Così anche Heidegger, quando, ne *La fine della filosofia e il compito del pensiero* (ne *Tempo ed Essere*, 1969) scrive: “*Resta egualmente incerto se la civilizzazione mondiale sarà presto repentinamente distrutta o se essa si consoliderà in un lungo durare, che non trova riposo in qualcosa di durevole, un durare che si organizza piuttosto nel cambiamento continuo dove il più nuovo succedere sempre al nuovo*”.

La malleabilità interpretativa che traspare da queste prime riflessioni, impone di volgere lo sguardo alle trasformazioni che investono le categorie con cui l'uomo moderno ha interpretato la realtà del mondo, dentro e fuori di sé.

¹ E. Severino, *Macigni e spirito di gravità. Riflessioni sullo stato attuale del mondo*, Milano 2010, pp. 54-55. V. F. Nietzsche, *Così Parlò Zarathustra, Parte Terza, La visione e l'enigma*, 1883-1885.

Il “*nostro tempo*”, in gergo squisitamente serveriniano, è post-moderno, iper-moderno, ultra-moderno, meta-moderno, o, più semplicemente, una “seconda modernità”².

Parallelamente, si affacciano alla letteratura giuridica, di taglio filosofico e sociologico, espressioni quali nichilismo giuridico, tecnocrazia, *governance*.

Non essendo questo il luogo per approfondire ciascuna delle numerose letture con cui è narrata la contemporaneità, cercherò di svolgere una breve riflessione introduttiva.

Il discorso che seguirà trova le sue coordinate in una serie di contributi dal carattere multi-disciplinare, con particolare attenzione alla filosofia del diritto di Bruno Romano, all’epistemologia sociologica di Nicklas Luhmann e alle riflessioni filosofico-giuridiche di Natalino Irti.

Assume primaria rilevanza la filosofia della *soggettività*, silente retroscena delle linee di ragionamento che tenterò di tracciare. Faccio riferimento a quell’approccio interpretativo che intende il diritto come elemento strutturante l’ontologia dell’essere umano e, dunque, idoneo a cogliere il senso esistenziale nella sua primordiale universalità e nella sua, sempre attuale, universalizzabilità nel medio del giuridico. In altre parole, esso diviene canale di accesso al significato esistenziale dell’essere-uomo. Nella letteratura recente, con ridondanza e in modo trans-disciplinare, si afferma l’idea di un soggetto *sradicato*, assunto come nuovo paradigma di un individualismo sempre più “radicato” in quel macro-contesto, a sua volta oggetto di altrettanta attenzione speculativa, che è la globalizzazione.

Tale condizione è descritta da Romano, utilizzando una simbologia tanto esasperata quanto incisiva, nella teorizzazione del *sistema di universale dipendenza*, condizione generata dalla *catena unitaria dei bisogni prodotti* e lettura antropologica del sistema di produzione totale capitalistico³.

² Per un approfondimento sul tema, v. J. F. Lyotard, *La condizione postmoderna, Rapporto sul sapere*, Milano 1981; si veda anche l’ipermodernità teorizzata ne G. Lipovetsky, *L’era del vuoto*, Milano 2013; la meta-modernità di Anthony Giddens; l’ultramodernità trattata ne M. Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Parigi 2002 e M. Gauchet, *La condition politique*, Parigi 2005; per finire, v. U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma 2000.

³ Tra le opere di Romano che hanno ispirato il presente contributo, segnalo *Filosofia e diritto dopo Luhmann. Il “tragico” del moderno*, Roma 1996; *Sulla visione*

Romano, rifacendosi alla tradizione della soggettività di cui si diceva poc'anzi, descrive il bisogno prodotto dal sistema come strumento funzionale al mantenimento del circolo vizioso consumistico. Sembra, in altre parole, che il sistema produca, per un verso, il bisogno che intenda soddisfare (così da plasmare l'istinto utilitaristico del suo destinatario, l'*io bisognoso*) e, per l'altro verso, la soddisfazione medesima di quello stesso bisogno. Si viene a creare, in questo modo, una vera e propria finzione, in quanto un bisogno che "sorga" già saziato altro non è che un veicolo di pulsione unica e continua, potenzialmente infinita e capace di mantenere il soggetto desiderante nel limbo dell'insoddisfazione.

Il bisogno, inteso *à la* Romano, è privo di un autentico autore (che sia individuale, nel caso del bisogno subitaneo, oppure collettivo, nell'ipotesi di bisogno sociale), in quanto espressione di una mera combinazione casuale, prodotta della catena unitaria.

L'ente-uomo-consumatore è costretto nella contingenza della (in-) soddisfazione presente, "*perché quanto viene nel poi è già là*"⁴, non potendo volgersi al tempo dell'attesa e della progettualità come espressione della dimensione desiderante ed ecstatica⁵ dell'ente-uomo-soggetto.

In continuità a quanto scritto, con specifico riferimento alla tematica dell'*informazione*, altrettanto centrale per un'adeguata lettura della contemporaneità sociale, il filosofo sudcoreano Byung-Chul Han, in un saggio di recente pubblicazione, scrive: "*L'informazione è semplicemente lì presente. Il sapere in senso enfatico è invece un lungo processo. La sua temporalità ha una natura del tutto diversa. Il sapere matura. Il maturare è una temporalità che oggi va sempre più scomparendo. Esso non si accorda all'attuale politica del tempo, che lo frammenta per*

procedurale del diritto. Saggio sul fondamentalismo funzionale, Torino 2001; *Filosofia del diritto*, Roma-Bari 2002; *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo "noia" globalizzazione*, Torino 2004; *Nichilismo finanziario e nichilismo giuridico. Conoscenza e coscienza*, Torino 2012; *Relazione e diritto tra moderno e postmoderno*, Torino 2013.

⁴ B. Romano, *Relazione e diritto tra moderno e postmoderno*, cit., p. 74.

⁵ Con il termine *ecstaticità*, recuperando le teorie heideggeriane attorno all'*esserci*, o *Dasein*, e alla dimensione temporale, Romano intende l'unità sincronica tra presente, passato e futuro.

incrementare l'efficienza e la produttività rimuovendo le strutture temporalmente stabili"⁶.

Non a caso, quello della temporalità e, nello specifico, della crisi che sembra oggi attraversare, è un elemento centrale tanto della riflessione filosofica "tradizionale" quanto dell'attività speculativa contemporanea.

La dialettica temporale *ecstatica*, storicamente garantita, come ci insegna Nietzsche, dal divino che agisce come "*stabilizzatore del tempo*"⁷ ma assicurata, anche dopo la "morte di Dio", dall'*eterno ritorno*, permette di fuggire l'atomismo temporale per vivere immersi nell'esperienza della durata.

L'*eterno ritorno dell'uguale*, infatti, consente di superare la visione lineare del tempo lasciando il posto ad una temporalità che rivitalizza l'attimo rendendolo non un mero evento puntuale ma un'esperienza assoluta *in sè*. L'annuncio che rende arcangelo il demone niezschiano non rompe la linea del tempo per abbandonare la vita ad un affannoso saltare di momento in momento, ma è vivificazione di un'esistenza condotta nell'eterna domanda "*Vuoi tu questo ancora una volta e ancora innumerevoli volte?*"⁸.

Tale esperienza è preclusa all'uomo contemporaneo, uniforme e fungibile, come la era al *si* heideggeriano. Lo stesso Heidegger, nell'opera *Essere e Tempo*, aveva colto quel mero essere "*lì presente*", affermando che: "*Nell'uso dei mezzi di trasporto o di comunicazione pubblici, dei servizi di informazione (i giornali), ognuno è altro fra gli altri. (...) Ce la passiamo e ci divertiamo come ci si diverte; leggiamo, vediamo e giudichiamo di letteratura e di arte come si vede e si giudica; ma altresì ci distinguiamo dalla "massa", come ci si distingue; ci "indigniamo" di ciò di cui ci si indigna. Il si, che di preciso non è nessuno e che, benché non come somma, tutti sono, prescrive il modo d'essere della quotidianità*"⁹.

Si affacciano, sullo scenario filosofico, sociologico e politico attuale, vere e proprie correnti di pensiero che del *tempo* fanno la propria bussola speculativa. Seppur non sia questo il luogo per approfondirle, segnalo, in

⁶ B-C. Han, *L'espulsione dell'Altro*, Milano 2017, p. 10.

⁷ L'espressione è utilizzato dal già citato filosofo Byung-Chul Han nel saggio *Il profumo del tempo. L'arte di indugiare sulle cose*, Milano 2017, p. 12.

⁸ Il riferimento è all'aforisma n. 341 del Libro IV de F. Nietzsche, *La gaia scienza*, 1882.

⁹ M. Heidegger, *Essere e tempo*, Milano 2017, p. 185.

particolare, il c.d. *accelerazionismo*, quanto meno per gli interessanti profili di equivoca interpretazione che lo hanno investito, riassunti dal giornalista Valerio Mattioli nella *Postfazione a Manifesto accelerazionista*¹⁰, firmato nel 2013 da Alex Williams e Nick Srnicek, professori presso la City University of London.

Mettendo da parte questa breve ma decisiva parentesi, recupero quanto lasciato in sospeso. Infatti, poco fa alludevo, parlando della “*dimensione desiderante ed ecstatica dell’ente-uomo-soggetto*”, all’ulteriore concetto di *desiderio*.

Mi appare utile soffermarmi, in quanto quella di “bisogno-desiderio” è una combinazione che richiede un approfondimento, soprattutto alla luce della sinonimia di senso, potremmo dire, “comune” che lega i due lemmi.

In un saggio del 2014¹¹, Gabriele Miniagio svolge un interessante riflessione sul rapporto intercorrente tra il *quid* del desiderio ed il *quid* del bisogno, che recupera implicitamente la finzione già comparsa poche righe sopra. Sovrapporre tali due *quid*, infatti, crea una illusione a due direzioni: da una parte, l’oggetto materiale ed “utile” (o quanto meno creduto tale) del bisogno viene funzionalizzato a colmare il *quid* del desiderio, mentre, dall’altra, il *quid* del desiderio, incolmabile in quanto infinito e, più correttamente, ricorsivo, viene sfruttato per radicare il senso di *bisogno*.

La tensione all’oggetto diviene movimento perenne ed unidirezionale, in un sistema che, paradossalmente, “funziona proprio in quanto non funzionante”, nel senso che non soddisfa il bisogno che finge di mirare a soddisfare.

La tematica del consumo e il binomio individuo-consumatore tornerà più avanti, in fase conclusiva, quando andrò ad approfondire la lettura irtiana del *nichilismo giuridico*.

Mi soffermo, unicamente, nel rilevare che il proliferare di “scelte possibili” nella contemporaneità conduce ad un progressivo stato di insoddisfazione prodotta e perenne, tale da determinare l’indifferenza del soggetto rispetto alla realtà che lo circonda. Accanto a questa condizione, la perdita dei tradizionali sostegni esistenziali, dall’appartenenza sociale

¹⁰ A. Williams – N. Srnicek, *Manifesto accelerazionista*, Roma-Bari 2018.

¹¹ G. Miniagio, *Soggetto e Capitalismo, Desiderio e Bisogno*, in *Spazi di Filosofia*, 2014.

ai legami famigliari, facilita il processo di indeterminazione del soggetto medesimo¹².

Ho volutamente utilizzato l'espressione "proliferare di scelte possibili" per discostare tale concetto da quello, ormai meno attuale, di "ossessione per le cose". Quest'ultimo, infatti, descrive il materialismo come effetto di massa immediato del processo di industrializzazione ma non permette di coglierne lo sviluppo contemporaneo, ovvero una cultura del consumo che, mediante una catena di astrazioni, ha immerso l'individuo in un mondo "immaginario", generando un consumismo non più merceologico ma esistenziale.

Mi spiego meglio.

Se l'*oggetto* contemporaneo nasce pre-destinato alla distruzione, cosicché possa essere nuovamente e continuamente ri-creato e ri-distritto, progressivamente anche il soggetto che ad esso si rapporta, l'*uomo* contemporaneo, è piegato a questo movimento circolare.

Umberto Galimberti, in un breve intervento comparso sul quotidiano *La Repubblica* nel 2005, descrive il nodo che tento di districare con poche, ed invidiabili, sufficienti parole: *"(...) in una società che visualizza se stessa solo in termini di sviluppo e di crescita, il consumo non deve essere più considerato, come avveniva per le generazioni precedenti, esclusivamente come soddisfazione di un bisogno, ma anche, e oggi soprattutto, come mezzo di produzione. Là infatti dove la produzione non tollera interruzioni, le merci «hanno bisogno» di essere consumate, e se il bisogno non è spontaneo, se di queste merci non si sente il bisogno, occorrerà che questo bisogno sia «prodotto»"*¹³.

A fronte di questo scenario, il teorico dell'ipermodernità, Gilles Lipovetsky, pone un interrogativo cruciale: l'*homo consumericus* si impegna ancora a rispondere all'eterna domanda del "*chi sono?*" oppure è ridotto a standard umano ed allontanato da qualsiasi fenomeno umano durevole, quale è lo stesso diritto?¹⁴.

¹² Per cogliere il legame che intercorre tra indifferenza ed indeterminazione, viene in aiuto l'affermazione di Jean Baudrillard *"Nell'indeterminazione il soggetto non è né l'uno né l'altro, resta semplicemente lo Stesso"*, in Id., *La trasparenza del male*, Milano 1991, p. 134.

¹³ U. Galimberti, *Smettiamo di crescere*, in *La Repubblica*, 2 settembre 2005.

¹⁴ Cfr. G. Lipovetsky, *Una felicità paradossale. Sulla società dell'iperconsumo*, Milano 2007, p. 23.

Nella prospettiva romaniana, la condizione appena descritta determina una profonda metamorfosi del significato di *soggetto*, umano prima, giuridico poi, anzi, per meglio cogliere la naturalità della dimensione giuridica nella filosofia di Romano, umano e giuridico *insieme*. L'ente-uomo, dall'essere *persona*, diviene individuo microcosmico¹⁵, eclissando la coesistenzialità intesa come essenza della soggettività.

Nella sua filosofia, la tematica relazionale è contestualmente protagonista e cornice del ragionamento, in un modo così pervasivo, da condurre a definirlo "*paradigma del principio buberiano*", secondo cui "*all'inizio vi è la relazione*"¹⁶.

La normatività, allora, si apre in un contesto di lotta conflittuale, assimilabile al combattimento amoroso jasperiano¹⁷, nel quale non la supremazia né la vittoria sull'altro da sé rappresenta il fine, quanto piuttosto l'incontro di quell'*altro se-stesso* che si rivela essere incontro di sé.

Come teorizza Kant, recuperato da Bruno Montanari in tutta la sua riflessione filosofica¹⁸, l'ente-uomo si struttura secondo il paradigma della parità ontologica intersoggettiva, senza che ciò determini la negazione della differenza, trattandosi, piuttosto, di un trascendimento di quest'ultima.

Assumere la parità ontologica a fondamento della natura dell'uomo significa sostituire alla dimensione originariamente conflittuale, una dimensione innanzitutto relazionale, che deve ispirare l'atto pratico così da assicurare un agire massimamente finalizzato al rispetto dell'altro.

Ciò non significa, tuttavia, escludere il conflitto, dimensione che, oggi, sembra essere sempre più marginale nell'esperienza umana. Il già citato Byung-Chul Han mette ampiamente in luce questo processo di sradicamento del conflitto dall'esistenza dell'essere umano, dovuto, in

¹⁵ Sul binomio *persona-individuo*, v. P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, pp. 143-162 e 232.

¹⁶ G. Petrocco, *Il diritto nella società globale: un formalismo privatizzato*, in *Rivista on-line i-lex*, 2009, 9, p. 264; il riferimento è a M. Buber, *Il principio dialogico e altri saggi*, Cinisello Balsamo 2004, p. 71.

¹⁷ Karl Jaspers affronta la tematica della lotta amorosa principalmente ne K. Jaspers, *Filosofia. Vol. 2: Chiarificazione dell'esistenza*, Milano 1978.

¹⁸ Si rimanda, in particolare, a B. Montanari, *Potevo far meglio? Ovvero Kant e il lavavetri*, Padova 2008. Dello stesso autore, si vedano anche i primi capitoli del volume *Itinerario di filosofia del diritto*, Padova 1999.

particolare, alla necessità di accelerare i tempi, adeguandoli all'attuale cultura della prestazione e dell'efficienza¹⁹. Ma ancora prima, lo stesso Hegel aveva affermato che lo spirito è "*questa forza solo quando guarda in faccia il negativo e soggiorna presso di esso*"²⁰.

Quell'incontro di un *altro se-stesso* che si rivela essere incontro di sé altro non è che l'affermazione del carattere necessario che assume il riconoscimento dell'altro, in quanto determinante ai fini della stessa esistenza del sé: "*La parità dell'altro, l'essere come me, non è qualcosa che devo riconoscere all'altro eticamente. Se fosse un dovere, per quanto etico, potrei violarlo: il mio io sarebbe "cattivo" ma non cesserebbe per questo di esistere. E invece, (...), in realtà, cesserebbe esso stesso di esistere, perché negando il tu – cioè l'io dell'altro – negherebbe al tempo stesso la possibilità del mio io di essere tu per l'io dell'altro*"²¹.

In questo scenario di reciprocità, diventa centrale il desiderio di riconoscimento, ovverosia quella condizione in cui il soggetto che incontra l'Altro riconosce se stesso e vuole a sua volta un riconoscimento di ritorno: ecco che il desiderare il riconoscimento del *Tu* equivale a desiderare il suo stesso desiderio.

Desiderio di riconoscimento che aggiunge, a quello della reciprocità, l'ulteriore carattere indefettibile che il "*movimento del riconoscimento*" deve avere: la riflessività.

Questa intuizione è da ricondurre direttamente a Hegel che, nel discorrere sull'autocoscienza, muove dall'assunto secondo cui "*L'autocoscienza è in sé e per sé solo quando e in quanto è in sé e per sé per un'altra autocoscienza, cioè solo in quanto è qualcosa di riconosciuto*"²².

L'autocoscienza, che in un primo momento esce "*fuori di sé*"²³, perde la percezione di sé e, al contempo, perde la percezione dell'altro, vedendo in esso *se stessa*; per rimuovere questa condizione di *essere-altro*, l'autocoscienza deve, allora, eliminare questo *–altro*, ma conseguentemente eliminare anche *se stessa*.

¹⁹ B-C. Han, *L'espulsione dell'Altro*, cit., pp. 30 ss.

²⁰ G.W. F. Hegel, *Fenomenologia dello spirito*, Firenze-Milano 2017, p. 87.

²¹ B. Montanari, *Itinerario di filosofia del diritto*, cit., p. 37.

²² G.W. F. Hegel, *Fenomenologia dello spirito*, cit., p. 275.

²³ *Ibidem*.

Nella terza fase, l'autocoscienza, che ha eliminato l'essere-altro di se stessa, torna ad essere sé e, così facendo, consente anche all'altra autocoscienza di tornare se stessa.

Questa dinamica trifasica non è attività di una sola delle due autocoscienze, ma deve essere attività di entrambe le autocoscienze coinvolte. Il movimento del riconoscimento, infatti, è *“puramente e semplicemente il movimento duplice delle due autocoscienze”*²⁴, le quali si muovono *rispetto a sé e rispetto all'altro*, l'una facendo inseparabilmente il fare dell'altra.

In questo scenario, il riconoscimento emerge attraverso una prima fase di *“ritrovamento di sé, privo di sé, nell'altro”* ed una seconda fase di *“irrigidimento su se stessi”*²⁵, verso la condizione in cui ogni estremo si riconosce come *“reciprocamente riconoscenti”*²⁶.

Nel solco tracciato dalla filosofia hegeliana, anche il discorso di Sergio Cotta muove proprio dalla centralità del riconoscimento e, in particolare, dalla reciprocità del medesimo.

La sua riflessione filosofico-giuridica, infatti, si sviluppa a partire da una fatale constatazione che investe l'io-soggetto: egli, dapprima, afferma sé stesso in quella dimensione ove il giusto *per sé* assume valore di vero *per sé*, ma comprende, in modo quasi concomitante, che altrettanto fanno gli *altri-soggetti*. Ne deriva il primo postulato del processo di disvelamento ontofenomenologico: *“l'altro è pari all'io nella capacità di pretendere per sé secondo la propria verità”*²⁷.

A questo primo livello di riconoscimento, tuttavia, si configurano due sole possibilità alternative: il conflitto tra io e altro, ove le verità soggettive non siano conciliabili, oppure la più grave indifferenza tra soggetti aventi pretese del tutto non interferenti le une con le altre.

Proprio per evitare questa *impasse*, Cotta postula il momento della comunicazione intersoggettiva, rendendo il riconoscimento, oltre che

²⁴ *Ivi*, p. 277.

²⁵ Cfr. C. Iber, *Autocoscienza e riconoscimento nella Fenomenologia dello Spirito di Hegel*, nella rivista digitale *Post-filosofie*, 2007, n. 4, pp. 15-17.

²⁶ G. W. F. Hegel, *Fenomenologia dello spirito*, cit., p. 277.

²⁷ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza, Linee di ontofenomenologia giuridica*, 2^a ed., Milano 1991, p. 55.

hegelianamente reciproco e riflessivo, anche comunicativo, in quanto invariants nell'atto del dialogare, del domandare-rispondere autentico²⁸. Utilizzando le parole di Romano, il senso esistenziale del diritto è la relazione autentica, nella quale alterità e identità trovano combinazione e co-dimora, senza rinuncia dell'una per l'altra. Si tratta della *relazione intersoggettiva comunicativa* che consiste in un *chiamare-rispondere* volto alla ricerca del *senso* e all'accoglimento della *risposta* autentica dell'*altro io*.

Posta la dinamica di produzione del bisogno contemporaneo come presupposto della riflessione che andrò ora a compiere, alla relazione autentica, rispettosa della struttura esistenziale dell'ente-uomo, si affianca una nuova forma di relazione prodotta, assimilabile ad un neutro incontro-scontro tra coscienze spettatrici (del sistema di universale dipendenza) nel quale l'*io* "chiama" il tu (*altro io*) per ottenerne una mera reazione.

L'equilibrio combinante alterità e identità si impone, allora, come necessario per mantenere viva l'intersoggettività, soprattutto alla luce del fatto che, utilizzando un'espressione di singolare efficacia di Francesco Remotti, *"l'identità respinge, ma l'alterità riaffiora. L'alterità viene spesso concettualmente emarginata, ma essa riemerge in modo prepotente e invincibile"*²⁹.

Non più emarginazione solo concettuale, ma emarginazione per così dire reale, che porta con il sé il rischio sempre attuale di *"diluirsì in un magma indistinto, nel quale le identità si smarriranno e soffocheranno, e le differenze si cancelleranno"*³⁰.

Ecco che il diritto riaffiora nella sua carica ontologica, in quanto spazio in cui si conserva la differenza esistenziale capace di mantenere la relazione come relazione intersoggettiva. La regola giuridica è coesistenziale in quanto permette di conciliare l'essere e l'agire di ciascuno, con l'essere e l'agire di ciascun'altro, conferendo alla relazione regolarità sincronica e diacronica. Come scriveva Kant, già alla fine del '700, *"il diritto è dunque l'insieme delle condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può*

²⁸ Cfr. S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza, Linee di ontofenomenologia giuridica*, cit., p. 58.

²⁹ F. Remotti, *Contro l'identità*, 7^a ed., Roma-Bari 2007, p. 61.

³⁰ L'espressione è utilizzata da Patrick Chamoiseau e Édouard Glissant ne *Quando cadono i muri*, Roma 2008, p. 27.

*accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà*³¹. Conseguentemente, prosegue il filosofo, *“qualsiasi azione è conforme al diritto quando per mezzo di essa, o secondo la sua massima, la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro secondo una legge universale”*.

Sincronia e diacronia, che consentono di cogliere l'elemento relazionale come co-esistenza in movimento nel tempo, sono concetti estranei al paradigma della contingenza che connota, nella prospettiva romaniana, la (a-)temporalità del sistema di universale dipendenza, nel quale ogni singolo momento si esaurisce come dato isolato.

Montanari, cogliendo il significato strutturale che la temporalità assume in relazione al diritto, utilizza proprio la “legge” per trasmettere tale intuizione: *“Essa”* scrive *“è un atto dispositivo il cui fine è durare nel tempo, al di là dei soggetti fisici che la pongono in essere, o comunque indipendentemente da essi. La legge non esprime un equilibrio nell'istante, ma un dover essere nel tempo”*³².

Così, anche dal punto di vista sociologico, la conformazione relazionale della contemporaneità sembra destare importante preoccupazione. Come insegna il padre della società liquida, di recente scomparsa³³, i legami che intercorrono tra io ed altro e la loro stabilità nel tempo sono il “nocciolo duro” dell'identità che, in un contesto di progressiva decomposizione dell'istanza di riconoscimento, è “messo in crisi” sino a determinare uno sradicamento anche comunitario. Se *“la comunità è da intendersi come luogo vitale della dimensione relazionale della persona”*, così al mutare di tale dimensione, muta il concetto stesso di comunità che, svanendo dietro a fenomeni comunitari illusori, perde i suoi riferimenti tradizionali e spazio-temporali, a favore di comunità virtuali, nelle quali si compiono relazioni altrettanto dematerializzate tra soli individui³⁴.

³¹ I. Kant, *La metafisica dei costumi*, 16^a ed., Roma-Bari 2018, pp. 34-35.

³² B. Montanari, *Capire l'oggi*, in B. Montanari (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto, Idee strutture mutamenti*, 2^a ed., Torino 2012, p. 26.

³³ Faccio riferimento a Zygmunt Bauman, autore, tra gli altri contributi di più ampia diffusione, dell'opera *Intervista sull'identità*, Roma-Bari 2005.

³⁴ Per un'analisi della tematica comunitaria, rinvio ai contributi di Giovanni Bombelli, in particolare *Occidente e 'figure' comunitarie. Volume introduttivo: “Comunitarismo” e “comunità”. Un percorso critico-esplorativo tra filosofia e diritto*, Milano 2010; *Appunti in margine all'ambiguità del modello comunitario occidentale*, in *Sconfinamenti: Regole, reti, confini. Atto del Convegno (Castello di Gargonza, 14-16*

Non a caso, Marc Augé conia alla fine del secolo scorso il neologismo *non-luogo*, proprio ad indicare quello spazio che “*non crea né identità singola né relazionale, ma solitudine e similitudine*”. Quel magma indistinto, insomma, che tanto spaventa le sensibilità esistenzialistiche³⁵.

2. Diritto come terzietà: dal terzo-Altro al terzo condizionale.

Riassumendo.

Ho considerato la prospettiva esistenzialistica e il concetto di giuridicità a cui essa conduce. Si è anche detto che il diritto è lo spazio in cui si conserva la differenza esistenziale capace di mantenere la relazione come relazione intersoggettiva.

In continuità a quanto esposto, assumere la primordialità del diritto come una lotta duale significa connotare la giuridicità come *terzietà*.

Sottrarre il fenomeno giuridico alla mera dualità comporta l'essenzialità del *terzo-Altro*, in quanto il singolo accede alla dimensione della Legge nel momento in cui si realizza la relazione nel medio del *terzo-Altro*. Come scrive Romano, il diritto non si ha “*né con la presenza di un solo uomo né con una semplice qualsiasi relazione tra due o più uomini*”, ma unicamente in presenza di un riconoscersi reciproco nella differenza, ovverosia nella mediazione di un terzo indisponibile.

Viene in aiuto Alexandre Kojève, quando postula che non possa esservi diritto se non in presenza di una relazione giuridica e che non possa esservi relazione giuridica in assenza di un *terzo*. Del resto, l'autore francese esclude l'ipotesi del solo ed unico “*agente*” nel contesto giuridico, in quanto “*la definizione della controversia esige l'intervento di un terzo: se c'è un terzo, bisogna che prima ci sia un primo e un secondo*”³⁶.

Nel teorizzare la terzietà, Romano non si limita a sole speculazioni concettuali, ma ne consegna al lettore un'interpretazione “incarnata” nel legislatore, nel giudice, nella polizia. Rilevando la complementarità e la

maggio 20014), Castello di Garganza 2004; “Comunità”: tra identità e diritto, in B. Montanari (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto, Idee strutture mutamenti*, cit., pp. 233-273.

³⁵ Per una approfondimento dei significati di *non-luogo* e *luogo antropologico*, v. M. Augé, *Nonluoghi. Introduzione a un'antropologia della surmodernità*, Milano 2009; Id., *Tra i confini: città, luoghi, integrazioni*, Segrate 2007.

³⁶ Il richiamo è all'opera di Alexandre Kojève, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano 1986, p. 68.

necessaria co-esistenza di queste tre figure, egli collega ogni singolo soggetto-istituzione ad una distinta dimensione temporale. Se il legislatore, dunque, è il *terzo* calato nel tempo passato, il giudice si pone come figura del tempo futuro, in quanto preposto a evitare che la fattispecie astrattamente prevista dall'attività legislativa resti "lettera morta", sino alla polizia, *terzo*-presente nel momento esecutivo.

Nel saggio *Sulla visione procedurale del diritto*, più che in altri, si intenda, il filosofo italiano si interroga sull'attuale conformazione della terzietà giuridica, giungendo ad affermare che il terzo-Altro contemporaneo, immerso in un contesto di carattere marcatamente economico e tecnologico, ha assunto le vesti del c.d. *terzo condizionale*, ovvero il *mercato*, ritenuto (vuoi ingenuamente, vuoi, più spesso, astutamente) imparziale e, quindi, "*idoneo a dire le relazioni giuste, identificandole con i rapporti efficaci e vincenti*". Se l'ente-uomo è soggetto in quanto partecipa ad una relazione autentica di reciproco riconoscimento, il mercato è luogo produttivo di rapporti di esclusione, che mantiene l'ente-uomo-consumatore in quella lotta duale, non più amorosa, ma escludente.

In questo scenario, il diritto è per così dire piegato come "*flessibilità adeguativa*" al procedere del mercato, asservendosi alla conservazione del potere tecno-economico dominante, perdendo la propria connotazione esistenziale e lasciando spazio ad un sapere giuridico sempre più "prassistico".

Ne deriva la concettualizzazione del c.d. *io procedurale*, inteso quale "*io frammentato, portatore di molteplici funzioni sottosistemiche*", anche definito *io topologico*, scisso in una serie di topoi distinti e irriducibili ad unità.

È in questo passaggio che Romano introduce la tematica del nichilismo, l'ospite inquietante nietzscheano che, come afferma Franco Volpi, "*si aggira un po' ovunque nella cultura del nostro tempo*".

Romano, di fronte all'"asservimento" subito dalle leggi alla conservazione del potere dominante del mercato e alla conseguente estensione del linguaggio numerico dei prezzi a tutti gli ambiti, o sottosistemi, diversi dall'economia, afferma: "*la negazione del senso e l'affermazione della principalità delle funzioni si compongono nello strutturare il nucleo del nichilismo, che attualmente acquista la configurazione del nichilismo*".

*finanziario, legalizzato dal nichilismo giuridico*³⁷. Due fenomeni di complementare annichilimento, dunque, l'uno legalizzato dall'altro, nei quali la negazione del senso e il primato della funzione sono l'una causa-effetto dell'altra: intendendo per *funzione* il mero successo di un funzionamento, è possibile coglierne il vuoto di un qualsiasi sostrato "esistenziale", essendo piuttosto determinato, unicamente, dalla combinazione della fattualità contingente.

Il nichilismo romaniano infonde le sue radici nel dato osservativo del predominio conoscitivo sulla *coscienza* del diritto, ovvero su quel "desiderio di giustizia" che dovrebbe precedere ogni mero prender atto del funzionamento giuridico. Il modello conoscitivo, infatti, è tipico modello della ragione scientifico-economica, ma non di quella giuridica, la cui essenza non può prescindere dagli atti della coscienza e dalla struttura relazionale. Accantonare, nell'illusione di poterne fare a meno, la coscienza garantisce circostanze sicuramente "preferibili" nel nostro tempo, dalla prevedibilità alla rapidità, non altrettanto consentite da una ricerca del *senso* duratura nel tempo e mai anticipabile. La certezza conferita dalla conoscenza rappresenta la realizzazione della legalità nel vuoto della giustizia, che non può "piegarsi" in modo adeguativo ad esigenze altre da sé, in quanto puro desiderio di una relazione giusta.

3. Introduzione al funzionalismo strutturale di Niklas Luhmann.

La consequenzialità teorizzata da Romano tra nichilismo finanziario e nichilismo giuridico postula quella che potremmo definire una "invasione" di campo, un'ingerenza del sistema economico nelle prerogative del sistema giuridico, a cui conseguono le contaminazioni che concetti di diritto, quali giustizia ed uguaglianza, subiscono dai programmi condizionali prodotti da altri sistemi sociali. Perché possa mantenersi la "purezza" giuridica, senza che l'uso di una tale terminologia confonda il concetto di "purezza" esistenzialmente intesa alla luce delle riflessioni svolte nelle pagine che precedono, con la dottrina pura kelseniana, il diritto, come ogni altro sottosistema sociale, deve svolgere la propria specifica funzione, ovvero quella *immunitaria*, esaustivamente

³⁷ B. Romano, *Nichilismo finanziario e Nichilismo giuridico: conoscenza e coscienza*, cit., p. 11.

descritta da Romano con le seguenti parole: *“il sistema diritto si apre “prima” agli altri sistemi per acquisire informazioni, materiali, sui quali “poi” interviene, secondo la sua specifica funzione, richiudendosi al suo interno, nella sua specifica operatività, che ha il suo compimento nel giudizio giuridico, garanzia del funzionamento del diritto come “sistema immunitario” degli altri sistemi sociali, il sistema che ne custodisce la vita nella loro funzionalità”*³⁸.

Sottosistemi, programmi condizionali, funzione, sono concettualizzazioni nuove al discorso in atto, che mi impongono di fare un passo indietro, per poi saltare nuovamente in avanti, ad un punto del ragionamento ben oltre quello a cui mi trovo ora.

Parlare di ingerenza inter-sistemica significa denunciare una rottura dell'equilibrio interno al sistema-società. Principale teorizzatore dell'interpretazione sistemico-funzionalistica è Niklas Luhmann al quale, non a caso, il filosofo italiano volge singolare attenzione critica, tanto da intitolare una sua opera di fine secolo scorso *“Filosofia del diritto dopo Luhmann. Il “tragico” del moderno”* (1996).

L'approccio sistemico, più in generale, si sviluppa, a partire dalla seconda metà del '900, come studio unitario dei sistemi complessi organizzati, umani o meccanici che siano. Contestualmente alla ricerca cibernetica di Norbert Wiener, Ludwig von Bertalanffy, biologo di origini austriache, teorizza la teoria generale dei sistemi con l'obiettivo di incentivarne l'interdisciplinarietà, considerando che *“pensare in termini di sistema gioca un ruolo dominante in un ampio intervallo di settori che va dalle imprese industriali e degli armamenti sino ai temi più misteriosi della scienza pura”*³⁹.

Ne deriva una diffusione capillare, in particolare negli ambienti improntati alla ricerca sociologica e allo studio delle interazioni sociali.

Luhmann, in continuità alla sua formazione di impronta fortemente funzionalistica, formula, nel medesimo periodo post-bellico, la teoria del *funzionalismo strutturale*, con l'intento di narrare, in modo più coerente alla natura complessa della società, lo strutturarsi sociale in sottosistemi, strumenti di riduzione della complessità e di organizzazione dei vari

³⁸ B. Romano, *Filosofia del diritto*, cit., p. 68.

³⁹ Si veda l'Introduzione in L. Von Bertalanffy, *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppi, applicazioni*, Milano 1968.

ambiti operativi umani. In aperta polemica con lo *strutturalismo funzionale* di Talcott Parsons, Luhmann assume, quale chiave di lettura della realtà sistematicamente interpretata, quella dell'*autopoiesi*, ad indicare che “*i sistemi producono essi stessi le loro strutture, ma anche gli elementi di cui essi sono composti*”⁴⁰. Al movimento unilaterale che dalla struttura osservata ricava la funzione a cui essa è predisposta, si sostituisce il movimento circolare del sistema che, oltre ad auto-mantenersi, si auto-produce, in un movimento ricorsivo che rende il sistema una “*rete di produzione di componenti che, ricorsivamente, attraverso le loro interazioni, generano e realizzano la rete che li produce*”⁴¹.

Nella prospettiva luhmanniana, l'esistenza di un qualsivoglia sistema sociale è il risultato di un processo di progressiva differenziazione sia dell'interno verso l'esterno, sia dell'interno verso l'interno. Il processo di *Ausdifferenzierung* esterna definisce il sistema rispetto all'ambiente in cui si inserisce, senza, tuttavia, che tale operazione conferisca alcuna connotazione, per così dire, “negativa” all'ambiente medesimo. Infatti, Luhmann ritiene che il rapporto sistema-ambiente sia *costitutivo*, in quanto l'identità e la stessa possibilità di esistenza del primo dipende dalla differenza che si registra con il secondo. Parallelamente, le operazioni di *Differenzierung* interna individuano quei sottosistemi comunicativi in cui si struttura la società complessa.

Tale differenziazione, come descrive analiticamente nell'opera *Teoria della società* (1992), si concretizza, e si è concretizzata storicamente, in quattro distinte forme (differenziazione *segmentaria*, differenziazione *del centro e della periferia*, differenziazione *per strati*), sino ad assumere le vesti della differenziazione *funzionale*, tipica dei sottosistemi sociali contemporanei.

4. La funzione immunitaria del diritto e la critica di Bruno Romano.

⁴⁰ N. Luhmann – R. De Giorgi, *Teoria della società*, 2^a ed., Milano 1992, p. 21; il volume è frutto della collaborazione tra il sociologo tedesco e Raffele De Giorgi, co-fondatori del *Centro di Studi sul Rischio*, inaugurato nel 1988 presso l'Università di Lecce (oggi Università del Salento).

⁴¹ Sulla tematica specifica dell'autopoiesi, v. H. R. Maturana, *Autopoiesis*, in M. Zeleny, *Autopoiesis: a theory of living Organization*, Amsterdam 1981; v. anche H. R. Maturana – F. J. Varela, *Autopoiesi e cognizione. La realizzazione del vivente*, 4^a ed., Padova 2001.

La società, allora, è un sistema complesso che trova equilibrio se e laddove ogni sua parte, o sottosistema, svolga la sua propria prerogativa funzionale.

Affermare che Luhmann sostituisca al primato della struttura sulla funzione uno speculare primato della funzione sulla struttura, tuttavia, è fuorviante. L'autore, infatti, muove le sue teorizzazioni avendo riguardo alla "sola" *funzione*, in quanto principio che determina anche le stesse strutture del sistema. Se l'approccio parsoniano considera le relazioni interne ai sistemi causalmente determinate, Luhmann le interpreta alla luce dell'equilibrio sistemico generale, partendo proprio dal presupposto della *complessità*, termine con cui descrive quella situazione in cui ad una specifica esigenza possono approntarsi innumerevoli e svariate soluzioni possibili, delle quali quella che poi, concretamente, è osservabile non è esito di un rapporto causale quanto piuttosto funzionale. Ci si trova, allora, a dover considerare non più due soli elementi, la causa e l'effetto, quanto una pluralità di fenomeni in grado di produrre il medesimo effetto, secondo il principio della *equivalenza funzionale*. L'osservazione e, conseguentemente, l'attività teoretica non hanno più il fine di individuare nessi causali, quanto di cogliere la funzione dei singoli sottosistemi che, se "adempiuta", garantisca l'equilibrio e la stabilità del sistema complessivamente inteso.

Come ogni sottosistema, anche il diritto svolge una specifica funzione, intuibile nelle parole che Luhmann utilizza per definire la norma giuridica: essa "*da una parte mette al sicuro ciò che ci si può aspettare indicando sotto quali aspetti, di fronte a un comportamento che provoca delusione, non si deve apprendere, non ci si deve adattare, ma si possono mantenere le proprie aspettative (...) in modo controfattuale. Dall'altra parte, però, (...) autorizza a reagire con lo scopo di ripristinare una realtà conforme al diritto (...)*"⁴². La normatività, dunque, non è funzionale a creare un'integrazione tra individui ovvero a garantire il controllo sociale dei comportamenti, ma ad individuare ciò che ci si possa aspettare in un futuro di per sé incerto. La funzione del diritto "*fa riferimento alle aspettative*", ovverosia a quegli elementi selezionati

⁴² N. Luhmann, *La Differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna 1990, p. 82.

internamente dal sistema. In particolare, le aspettative possono essere di tipo *cognitivo*, dunque mutabile e adattabili alla realtà in quanto appartenenti all'orizzonte del sapere, o di tipo *normativo*, capaci di resistere alla *delusione* inserendosi nel sottosistema giuridico.

Dunque, la *contingenza* che caratterizza il sistema sociale descritto da Luhmann, intesa come rischio che “*le possibilità selezionate dal sistema possono realizzarsi in modo diverso da quello previsto dalle aspettative*”, inserisce una componente permanente di delusione, il pericolo della quale può essere fronteggiato, come ho detto poc'anzi, “*o correggendo l'aspettativa delusa*” adeguandola alla nuova realtà (strategia cognitiva), o “*rifiutando di apprendere e tenendo ferma l'aspettativa*” (strategia normativa)⁴³.

Luhmann introduce tale distinzione in quanto, nonostante al centro della sua teoria vi sia il mantenimento dell'*aspettativa di aspettativa*, piuttosto che l'adempimento della singola aspettativa stessa⁴⁴, egli riconosce che una situazione di *delusione* che sia sì permanente (in quanto potenziale rischio), ma anche certa, provocherebbe l'inevitabile instabilità dei sistemi sociali.

Dai soggetti e dalla loro libertà, Luhmann sposta l'attenzione alle operazioni del sistema, il successo delle quali diviene il criterio di selezione delle *aspettative*, così da poterle assumere come *norme*. Ne *Il diritto della società* (1993) il sociologo afferma che: “*il concetto (di norma) non viene determinato dall'indicazione di particolari caratteristiche essenziali bensì (...) dalla distinzione di possibilità di condotta in caso di delusione*”. Ne consegue un peculiare concetto di *validità*, che può dirsi sussistere laddove le operazioni sistemico-giuridiche garantiscano la permanenza del sistema nella produzione di ulteriori operazioni, senza che rilevi, tuttavia, la realizzazione di un contenuto normativo qualitativamente *giusto*. Se la norma è simbolo della stabilità del sistema, allora la validità contingente delle norme è dettata dallo stesso diritto vigente.

Le aspettative che Luhmann ritiene rilevanti sono quelle che hanno significato per il sistema: si tratta delle aspettative *nel* comunicare, contrapposte alle aspettative *del* comunicare. Se quest'ultime muovono

⁴³ Si rimanda a R. Treves, *Sociologia del diritto*, Torino 1987-1988, p. 309.

⁴⁴ Cfr. N. Luhmann, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari 1997, pp. 48-49.

dal “chi” comunicante, ovverosia il soggetto, le prime si compiono a mezzo di un individuo inteso come punto di intersezione tra le varie funzioni dei distinti sottosistemi, delle quali diviene mero portatore.

Si pone inevitabile, allora, il confronto-scontro con il pensiero habermasiano, oggetto di riflessione dello stesso Luhmann. Jürgen Habermas, considerato tra i più influenti filosofi tedeschi del secondo ‘900, ritiene che il procedimento di produzione della norma giuridica non sia sufficiente per definirne la legittimità⁴⁵: affinché ciò possa accadere, infatti, è necessaria una *fondazione razionale*, che è elemento edificante la sua intera *etica del discorso*⁴⁶.

La difformità interpretativa che l’elemento normativo registra nel pensiero dell’uno e dell’altro autore, del resto, dipende da una lontananza che affonda le radici in premesse teoriche profondamente diverse: se da una parte il discorso habermasiano muove dalla centralità dell’interazione tra due o più soggetti, che cercano la coordinazione del proprio agire mediante la comunicazione e la reciproca comprensione, dall’altra Luhmann intende la comunicazione sociale come interazione tra sistema e ambiente, escludendo ogni rilevanza soggettiva ed intersoggettiva. Ciò lo spinge ad affermare che il concetto di *validità* veicolato dal *principio D* di Habermas, secondo cui “*sono valide soltanto le norme d’azione che tutti i partecipanti interessati potrebbero approvare partecipando a discorsi razionali*”⁴⁷, altro non è che l’idealizzazione di chi è assente, ovverosia quegli “*interessati*” coinvolti dagli effetti prevedibili delle prassi regolate in norme giuridiche.

Si profila una sorta di contrapposizione tra il *diritto dei soggetti* romaniano ed il *diritto delle operazioni* di Luhmann, che muovono, rispettivamente, il primo dal paradigma esistenziale del riconoscimento reciproco, il secondo dalla preoccupazione di includere aspettative all’interno di una funzione.

⁴⁵ A. Febbrajo, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell’opera di Niklas Luhmann*, Milano 1975, p. 135.

⁴⁶ F. Belvisi, *Niklas Luhmann e la teoria sistemica del diritto*, in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano 1999, p. 232; per un approfondimento della svolta linguistica habermasiana, si rimanda direttamente a J. Habermas, *Teoria dell’agire comunicativo*, Bologna 1986.

⁴⁷ J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari 2013, p. 125.

Montanari intuisce le conseguenze di tale contrapposizione quando scrive, alla fine del secolo scorso, che “*la lettura funzionalistica dello Stato di diritto fonda tutta la sua forza su di un concetto autoreferenziale di forma, nel quale – (...) – si cela la profonda ambiguità della presenza-assenza della soggettività*”⁴⁸.

Volendo spostare le coordinate del discorso su un piano, per così dire, più “tangibile”, non è affatto circostanza neutra quella per la quale l’Unione Europea è disciplinata proprio in termini di “*funzionamento*”⁴⁹.

L’espressione “*l’Europa è in crisi*”, che echeggia come rumore di sottofondo nell’attuale riflessione politica e sociologica, oltre che filosofica e antropologica, sta ad indicare, in ultima istanza, lo scollamento tra il bagaglio culturale europeo, unico capace di determinare il “destino europeo”, e la macchina del sistema-UE.

In sostanza, le regole dettate per garantire il funzionamento sistemico dell’Unione Europea sono volte ad assicurare le operazioni performative di una struttura che ci si chiede, oggi più che mai, se “guidi” la funzione, orientandola e limitandola, oppure se sia divenuta mero veicolo di funzioni autoreferenziali.

Non è un caso che quella crisi, di cui dicevo poc’anzi, sia una crisi principalmente politico-culturale, che si sviluppa parallelamente ad una situazione di economia accelerata che non intende, o quanto meno non sembra intendere, fermarsi.

È interessante, allora, il richiamo che George Steiner fa a Max Weber e al suo *La scienza come professione*, parlando di un’Europa che si “americanizza”, riducendo “*la vita della mente a una burocrazia manageriale*”⁵⁰.

In quel binomio *diritto dei soggetti – diritto delle operazioni*, non solo il diritto, ma lo stesso sistema sociale complessivamente inteso diviene un insieme di azioni, piuttosto che di uomini, all’interno del quale le azioni

⁴⁸ B. Montanari, *Itinerario di filosofia del diritto*, cit., p. 183.

⁴⁹ Il riferimento è al Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea.

⁵⁰ G. Steiner, *Una certa idea di Europa*, Milano 2010, p. 48. Il riferimento è a M. Weber, *La scienza come professione*, Torino 2004.

del singolo individuo appartengono all'uno o all'altro sottosistema a seconda che siano espressione dell'una o dell'altra funzione⁵¹.

Tale contrapposizione spinge alcuni autori a parlare di “*tecno-nichilismo*”, nel quale l'uomo non è più fattore nevralgico del sistema sociale. Piuttosto, l'uomo diviene un sistema individuale, un osservatore, che incontra l'altro osservatore come *ambiente* e che viene, dunque, ridotto ad *oggetto* da osservare/conoscere, perdendo la qualità di *soggetto* da riconoscere. Proprio Romano, in *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo perfetto*⁵², distinguendo tra *diritto dell'uomo* e *diritto nell'uomo*, descrive il primo come espressione di una giuridicità ortonoma⁵³ legata alla libertà soggettiva e alla relazione intersoggettiva, il secondo come sinonimo di meccanizzazione delle tecno-norme, conseguenza dell'impostazione funzionalistica che considera i sistemi sociali alla stregua dei sistemi biologici. Così anche la comunicazione di Luhmann si discosta dall'intersoggettività comunicativa romaniana, la quale permette di ri-trovarsi nell'altro, senza renderlo un'entità meramente osservabile e conoscibile per ciò che è nel presente. L'ente-uomo luhmanniano sembra essere, allora, un uomo “situazionale”, del quale l'identità è momentanea e mutevole.

5. Dogmatica giuridica e principio di funzione. Da Luhmann a Romano, e ritorno.

Mettere da parte, per un momento, la critica romaniana, mi consente di accedere alla dimensione più sorprendentemente fine della riflessione giuridica di Luhmann che, nonostante un'inevitabile profonda reinterpretazione in chiave, ancora una volta, funzionalistica, conserva lo spirito, per così dire, “tradizionale” della giuridicità. Faccio riferimento al ruolo che assume, nella sua teoria sistemica, la *dogmatica giuridica*,

⁵¹ Così Renato Treves nel descrivere il funzionalismo strutturale di Luhmann, in contrapposizione allo strutturalismo funzionale di Parsons. Cfr. R. Treves, *Sociologia del diritto*, cit., pp. 308 ss.

⁵² B. Romano, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, Torino 2006, pp. 263-264.

⁵³ Con il termine *ortonomia*, Romano indica quell'idea del diritto quale “*fenomeno avente senso e fondamento nel dispiegarsi dell'interesse dell'io – il se stesso – e non in alcuni suoi frammenti funzionali*”; B. Romano, *Filosofia del diritto*, cit., p. 43.

quale sistema di concetti giuridici di riferimento, ai quali ancorare la normatività.

Analizzando la funzione che la dogmatica giuridica svolge all'interno del sottosistema-diritto, Luhmann si pone in una posizione di "cauto" separatismo.

Mi spiego.

La dogmatica giuridica, descritta da Alberto Febbrajo, nell'*Introduzione* all'opera *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, con l'espressione "*cittadella più munita ed inaccessibile del sapere giuridico*", ha suscitato l'interesse non soltanto della scienza giuridica, ma altresì della sociologia del diritto. Di fronte a tale sincretismo tra "legal science" and "social science", se alcuni autori (tra tanti, Hans Kelsen e Max Weber) hanno preferito un approccio *separatista*, volto a chiudere le porte del diritto ad ogni contaminazione sociologica, altri hanno affermato il primato, sulla scienza giuridica, della sociologia, consentendo, solamente quest'ultima, di accedere al *diritto della società*.

È possibile parlare, con riferimento a Luhmann, di "cauto" separatismo in quanto il sociologo tedesco, da una parte esclude la possibilità di adottare un punto di vista unicamente "sociologico", che identifica nell'*orientamento alle conseguenze*, dall'altra riconosce l'operatività limitata di una dogmatica giuridica digiuna di ogni qualsivoglia apporto della ricerca sociale.

Manca, allora, una comunicabilità diretta tra teoria sociale e teoria giuridica, ma ciò non significa professarne un mero coesistere parallelo. Nella prospettiva di Luhmann, infatti, la conoscenza delle funzioni sociali offre alla dogmatica giuridica informazioni sempre nuove sulle *altre* possibilità di risoluzione dei problemi.

Egli giunge a tale conclusione dopo una profonda analisi dello scenario interpretativo in cui versava, negli anni '70, la dogmatica, cogliendo nell'ipervelocità dei mutamenti sociali una sorta di sollecito all'iperreattività del diritto. Queste circostanze hanno determinato un progressivo "*spostamento dell'orientamento (...) dal passato al futuro*", dall'*input* all'*output*. Ai confini dell'input, ove tradizionalmente si colloca la dogmatica giuridica, il confronto con i problemi decisionali avviene in forma di *casi*: il futuro non viene altro che gestito come "*passato generalizzato*". Diversamente, ammettendo un'apertura del sottosistema all'apporto output-determinato, la casistica non è tecnica percorribile,

dovendosi individuare altri strumenti altrettanto riduttivi della complessità.

Luhmann, dunque, conferisce alle *conseguenze* una funzione *correttiva*, ovverosia quella capacità di adeguare socialmente i concetti dogmatico-giuridici, salvaguardando pienamente il principio fondamentale di differenziazione e autonomia tra sottosistemi diversi. Ammettere un sistema-diritto orientato direttamente *ad* aspettative socio-conseguenziali, piuttosto che *da* programmi condizionali di decisione, “*renderebbe privo di senso mantenere la distinzione tra la disgiunzione “conforme al diritto/contrario al diritto” e la disgiunzione “buono/cattivo”, distinzione questa per la quale Socrate ha immolato la vita*”⁵⁴.

La dogmatica giuridica così intesa, allora, consiste nel “controllo delle discontinuità di un ordinamento che si auto-sostituisce”, che opera mediante lo strumento della comparazione funzionale. Tale attività comparativa ricerca l'equivalenza a livello di funzione-risoluzione del problema sociale di volta in volta considerato, piuttosto che a livello strutturale. Secondo il parere di Febbrajo, tuttavia, la comparazione funzionale avrebbe una portata pratica “relativa”, potendo condurre a due alternative: o la sostituzione è impossibile per mancanza di equivalenza, oppure la sostituzione è possibile ma del tutto irrilevante dal punto di vista delle conseguenze sul sistema complessivamente inteso. La funzione, infatti, si mantiene la medesima, mutando unicamente la struttura, ma se nella teoria di Luhmann la struttura non ha sostanziale importanza, un mutamento vero e proprio non potrebbe dirsi realizzato⁵⁵.

Ad ogni modo, nella prospettiva del sociologo tedesco, che sembrerebbe assumere anche le vesti di epistemologo, l'elemento del vincolo, tradizionalmente supposto nel concetto di dogmatica giuridica, non è più sinonimo di immutabilità, quanto piuttosto di “*mutabilità secondo condizioni date*”.

Ecco che si rende opportuno, a questo punto del discorso, recuperare quanto messo da parte qualche momento fa.

⁵⁴ N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna 1974, p. 16.

⁵⁵ A. Febbrajo, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, cit., pp. 190 ss.

Le teorie filosofico-giuridiche di Romano si sviluppano attorno alla centralità della soggettività, quale elemento differenziante il diritto rispetto agli altri fenomeni sociali, primo fra tutti quello economico, ove l'individuo è, in un certo senso, fungibile.

Considerare il diritto nella sua funzione immunitaria significa muoversi, se non nell'indifferenza, quanto meno nell'irrilevanza delle relazioni intersoggettive.

Si può, allora, affermare che la funzione del diritto sia "funzione della funzione", in quanto assume un significato di volta in volta diverso a seconda del sottosistema con cui si confronta e a cui è rivolta la sua attività "immunizzante".

Il diritto, per come romanianamente inteso, è depersonalizzato in quanto senza "*né uomini né donne, mancante della reciproca coesistenza*"⁵⁶. Nell'ambito del funzionalismo strutturale, che Romano ri-definisce *fondamentalismo funzionale*, non ci sono "*più problemi di principio (...) tranne quelli di una realizzazione che riesce*"⁵⁷, di una performance sistemica di successo.

Tuttavia, spingendo il ragionamento oltre e guardando "in controluce" la teoria luhmanniana, emerge quella che Montanari ha definito una "*variazione epistemologica di un certo peso*"⁵⁸.

Come ho già messo in luce, la dogmatica giuridica, nell'impostazione di Luhmann, diviene strumento di immunizzazione dalle incertezze e consiste, concretamente, nella non-negabilità dei punti di partenza da cui prende forma un qualsivoglia discorso che conduca ad una decisione.

In altre parole, Luhmann muove dal presupposto che il prodotto dei processi decisionali normativo-giurisprudenziali sia un elemento *contingente*. Tuttavia, il sottosistema giuridico, avente funzione, come ho già più volte ribadito, *immunitaria*, tale da renderlo essenziale anche agli altri sottosistemi per la loro stessa "sopravvivenza", necessita di una garanzia di *coerenza*, che consenta di cogliere quel prodotto decisionale non come dato *meramente contingente* ma come elemento riferibile all'ordinamento.

⁵⁶ B. Romano, *Forma del senso. Legalità e giustizia*, Torino 2012, p. 52.

⁵⁷ N. Luhmann, *Osservazioni sul moderno*, Roma 1995, p. 72.

⁵⁸ B. Montanari, *Ragionale per decidere. Dalla scientia juris alla governance*, in G. Bombelli – B. Montanari (a cura di), *Ragionare per decidere*, Torino 2015, p. 24.

Sembra, allora, che la critica rivolta dall'autore italiano al sociologo, più che avere ad oggetto il primato della funzione, suggerisca una censura orientata al suo estremizzarsi nel principio contemporaneo del mero *funzionamento*, ossia di quel "liquido" funzionare del "prassismo procedurale".

6. *Il "nichilismo giuridico" come proceduralismo: la prospettiva di Natalino Irti.*

La tematica del nichilismo giuridico, che si è rilevata centrale nel pensiero romaniano, pervade "*un po' ovunque*" tutti gli ambiti culturali del nostro tempo.

Tacendo la molteplicità di accezioni con cui si sono riferiti, al nichilismo in generale, innumerevoli autori, sembra possibile evocarne a sintesi l'idea di fine, o tramonto, della scala valoriale connotante l'Occidente moderno e razionalistico.

Anche all'interno del pensiero giuridico-normativo, allora, si fanno spazio riflessioni che alludono ad una nuova configurazione del giuridico, nella quale il diritto, scienza originariamente intesa come strumento ordinante i rapporti sociali, perde ogni aprioristico fondamento contenutistico, riducendosi a mero procedimento⁵⁹.

Faccio riferimento, in particolare, a quelle teorie che si sviluppano nel nostro secolo riconducibili a quell'unico contenitore che assume il nome di *pragmatismo* e che, operando un salto ulteriore rispetto all'empirismo, rispetto al funzionalismo strutturale di Luhmann, ma anche rispetto allo stesso pragmatismo angloamericano classico, si concretizzano in un processo di continuo *assessment* (parola, non a caso, molto di moda in ambito economico-manageriale) della realtà data, volto a guidare i processi decisionali nella direzione che garantisca il mantenimento dell'equilibrio, senza, cioè, che vi sia un momento di reale riflessione che trascenda la mera fattualità⁶⁰.

Così Hartmut Rosa, nel descrivere il ciclo triadico dell'*accelerazione* (tecnologica, dei mutamenti sociali e del ritmo di vita), esplicita proprio

⁵⁹ Cfr. N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari 2007.

⁶⁰ Per un inquadramento più completo delle teorie cui faccio riferimento, rimando al già citato saggio *Ragionare per decidere. Dalla scientia juris alla governance* di Bruno Montanari.

l'aspetto che qui si tenta di cogliere, ovverosia la creazione "*di un "sistema di feedback" interdipendente che si automantiene in movimento*"⁶¹.

Nella contemporaneità, Romano legge una pretesa trasversale di spiegazione scientifica dell'essere umano, tale da "ingegnerizzare" anche il diritto, espungendo le domande di senso evocate dalla coesistenzialità e trasformando il giurista in un "*ragioniere delle norme*" che si limita a "*tenerne la contabilità*"⁶².

Egli, partendo dall'attività ermeneutica condotta sui contributi pirandelliani⁶³, assume il nichilismo come "*mistificazione degli atti nei fatti*", recuperando la novella *La carriola*, nella quale il protagonista, un avvocato professore di diritto, si scopre "tormentato" dalla quotidianità, in quanto "*Chi vive, quando vive, non si vede: vive... Se uno non può vedere la propria vita, è segno che non vive più: la subisce, la trascina. Come una cosa morta, la trascina. Perché ogni forma è una morte. (...) E grido, l'anima mia grida dentro questa forma morta che mai è stata mia: 'Ma come? Io, questo? Io, così?'*"⁶⁴. Con straordinario sarcasmo, Pirandello esprime la "responsabilità inconsistente" dell'uomo contemporaneo, chiuso nei *fatti* determinati dal sistema, sostitutivi degli *atti* come espressione di scelta e di libertà.

La questione colta con singolare efficacia teatrale da Pirandello è una questione trasversale a cui si affaccia ogni letteratura, da quella filosofico-sociologica, per così dire, "istituzionale" (di cui sto riproponendo alcuni aspetti), a quelle meno tradizionali ed istituzionalizzate. Mi torna alla mente, a tal proposito, l'espressione che uno dei massimi esponenti del movimento studentesco sessantottino, Mario Capanna, utilizza ne *Il discorso del sole*, in introduzione a *Coscienza globale. Oltre l'irrazionalità moderna*. Egli scrive: "*Vi guardate e non vi vedete. Vivete estranei a voi stessi*"⁶⁵, descrivendo quella condizione che, in epoca ben precedente, il drammaturgo tedesco Georg Büchner aveva evocato con

⁶¹ H. Rosa, *Accelerazione e alienazione. Per una teoria critica del tempo nella tarda modernità*, Torino 2015, p. 29. Il lavoro di ricerca di Rosa verte principalmente alla creazione di una teoria sistematica dell'*accelerazione sociale*, in quanto, secondo l'autore, chiave di volta nell'interpretazione della società moderno-contemporanea.

⁶² Espressioni utilizzate da Romano in *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*, Torino 2008, p. 70.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ L. Pirandello, *Novelle per un anno*, vol. III, Milano 1990, p. 558.

⁶⁵ M. Capanna, *Coscienza globale. Oltre l'irrazionalità moderna*, Milano 2007, p. 15.

queste parole: “*Siamo marionette tenute al filo da forze sconosciute; non siamo niente per noi stessi, niente!*”⁶⁶.

Natalino Irti, per coincidenza anch'egli avvocato e professore di diritto, proprio come il protagonista della novella pirandelliana, “*tormentato*”, in un qualche modo, dalla quotidianità (giuridica, s'intende), teorizza il *nichilismo giuridico ontologico* come esito di una riduzione del diritto a mera volontà di scopo, ovverosia “*tecnica coerenza tra scopi e mezzi*”, nel vuoto di un criterio di ammissibilità giuridica “*a priori*”⁶⁷.

Cotta, tessitore emblematico di quel *fil rouge* ontologico che sottende anche al discorso in atto, coglieva, già negli anni '90, ciò che l'Irti teorizza puntualmente all'inizio del secolo corrente e cioè che, se si abbandona l'idea di un diritto fondato sulla struttura ontologica dell'uomo e, dunque, sulla sua *relazionalità*, esso non diviene altro che capacità, più o meno effettiva, di assolvere ad una funzione meramente *prammatica, formale* e, soprattutto, *formalizzante*⁶⁸.

Oggi assistiamo, insomma, ad una normatività “che basta a se stessa”, o meglio, che sembra bastare a se stessa, che crede di bastare a se stessa laddove, *de facto*, è sempre più piegata alla tutela di interessi eteronomi.

L'ente-uomo viene scisso nelle sue qualificazioni di “*membro della civitas giuridico-politica*” e “*membro-funzionario del mercato*”, non-luogo, quest'ultimo, capace di volere, esigere o respingere, approvare o rifiutare.

Il mercato, tematica altrettanto centrale nella riflessione romaniana, impone un paradigma giuridico spaziale e de-territorializzato, incrinando, in modo ineluttabile, anche il ruolo dello Stato moderno⁶⁹.

In modo simmetrico al rapporto tra mercato e diritto, nel pensiero irtiano emerge il ruolo oggi determinante della *tecnica*, del quale colloquia

⁶⁶ G. Büchner, “*La morte di Danton*”, in *Teatro*, Milano 1978, p. 46.

⁶⁷ Per un approfondimento del pensiero di Natalino Irti sulle tematiche in esame, segnalo N. Irti – E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica* Roma-Bari, 2001; N. Irti, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari 2001; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, 5^a ed., Roma-Bari 2003; N. Irti, *Nichilismo giuridico*, 2^a ed., Roma-Bari 2004; N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli 2007; N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit.

⁶⁸ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza, Linee di ontofenomenologia giuridica*, cit., pp. 170 ss.

⁶⁹ Con particolare riferimento alla tematica territorialità-spazialità, v. N. Irti, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari 2006; G. Bianco, *Nichilismo giuridico e territorio*, Milano 2010.

apertamente con il filosofo Emanuele Severino nell'opera *Dialogo su diritto e tecnica* (2001).

In *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Severino scrive: “*gli antichi già sapevano che lo scopo della ricchezza è di vivere bene, può però anche accadere che come scopo della vita ci si ponga la ricchezza. In questo modo la ricchezza, che inizialmente funziona come mezzo, strumento, diventa scopo, fine*”⁷⁰. Con queste parole, l'autore descrive il rovesciamento che subisce il rapporto mezzo-fine in riferimento alla tecnica, intesa come apparato tecnologico-scientifico e pensiero funzionalistico-procedurale, destinata a divenire egemone rispetto ai sistemi che oggi pretendono ancora di utilizzarla per rafforzarsi (primo tra i quali, lo stesso capitalismo). Dunque, la tecnica, *sistema di sottosistemi* che “*unisce in sé non solo la scienza e la tecnologia scientifica ma anche il sistema giuridico, economico, politico, burocratico, scolastico, finanziario, urbanistico, sanitario*”⁷¹, ha come scopo “*l'infinita crescita della capacità di realizzare scopi*” e soddisfare bisogni, in modo *non escludente*, come invece accade per gli altri sottosistemi (scopo escludente del capitalismo, ad esempio, è la realizzazione di un mondo capitalistico, dunque non comunista, e così via).

Il riferimento al capitalismo non è casuale.

Il filosofo lombardo, infatti, ritiene essenziale che ne sia mantenuta la differenza dal concetto di tecnica. Quest'ultima, spiega Severino, è solo uno strumento del capitalismo che ha, come fine, quello di perpetuare la scarsità delle merci che si trovano sul mercato. Tuttavia, si assiste ad un “*servo che mira alla distruzione del padrone*”, in quanto il servo-tecnica ha di per sé uno scopo, ovverosia l'incremento della capacità di realizzare

⁷⁰ E. Severino, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Venezia 1991, p. 7. Il medesimo concetto emerge nel “*motivo conduttore del capitalismo*”, teorizzato da Max Weber nei seguenti termini: “*l'attività lucrativa non è più in funzione dell'uomo quale semplice mezzo per soddisfare i bisogni materiali della sua vita, ma, al contrario, è lo scopo della vita dell'uomo, ed egli è in sua funzione. Questa inversione del rapporto “naturale” (se così possiamo dire), che è addirittura assurda per la sensibilità ingenua, è palesemente e assolutamente un motivo conduttore del capitalismo, come è estranea all'uomo non toccato dal suo soffio*”, M. Weber, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Milano 1997, pp. 76-77.

⁷¹ E. Severino, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, cit., p. 8.

scopi e, dunque, paradossalmente, la riduzione di tale scarsità in quanto simbolo di impotenza.

Nonostante la spiegazione severiniana, tuttavia, possiamo notare come oggi un principio cardine dell'economia capitalistica, il principio della *competitività*, allargandosi via via anche ad ambiti diversi della vita sociale, proietti anche il capitalismo stesso in uno scenario più "tecnico", nel senso che, utilizzando le parole del già citato sociologo contemporaneo Rosa, *"la logica sociale della competizione è tale che i concorrenti devono investire sempre più energie per preservare la propria competitività, fino al punto in cui il mantenimento di quest'ultima non più un mezzo per condurre una vita autonoma orientata a scopi che ci si è autoassegnati, ma diviene essa stessa l'unico scopo onnicomprensivo della vita tanto sociale quanto individuale"*⁷².

Ma che cosa significa *"incrementare la capacità di realizzare scopi"*?

L'Irti obietta al collega che un apparato capace di realizzare scopi in modo infinito non è altro che un apparato privo di alcuno scopo, nel quale *"la capacità diventa scopo di se stessa"*.

Eppure, nella prospettiva severiniana la capacità della tecnica non è "in potenza", ma capacità concreta ed effettiva: essa è la *forma* che *"la produzione degli scopi specifici che di volta in volta la tecnica si propone"* assume.

Così, anche il mantenimento della competitività diviene la forma assunta dagli scopi che i concorrenti del mercato, man mano, si prefiggono di perseguire.

Del resto, la posizione di Severino è singolare. Egli, a differenza di numerosi altri autori, non critica la tecnica come fonte di alienazione e disumanizzazione, in quanto ritiene l'uomo *essenzialmente* tecnico. Anche l'ente-uomo coniugato nelle varie ideologie tradizionali, infatti, non è altro che un centro di forze che organizza mezzi in vista della produzione di scopi: l'egemonia della tecnica, allora, non fa altro che inverare l'uomo nel suo puro essere *tecnico*.

In riferimento agli autori cui alludevo poco fa, mi è apparsa interessante la posizione di Günther Anders, autore de *L'uomo è antiquato* (1963), nonché allievo di Heidegger presso l'Università di Friburgo. Nella sua

⁷² H. Rosa, *Accelerazione e alienazione. Per una teoria critica del tempo nella tarda modernità*, cit., p. 25.

interpretazione, il fine ultimo dell'uomo contemporaneo è diventato quello di produrre mezzi, giustificativi degli scopi, in un rovesciamento, ancora una volta, che ha reso la tecnica "*soggetto del mondo e della storia*"⁷³ e l'essere umano suo *funzionario*⁷⁴. La seconda rivoluzione industriale, oggi in atto, è descritta come un fenomeno di produzione dei bisogni che echeggia la teoria romaniana del bisogno prodotto e che si caratterizza per l'imperativo del desiderio in continua sollecitazione⁷⁵.

La tecno-economia contemporanea, oltre a de-territorializzare, come si è già visto, il mercato, ne attua la de-storicizzazione, con lo scopo ultimo di conquistare l'*uni-formità*, ossia la creazione di forme prive di luoghi e soggetti di riferimento; queste, utilizzabili "*ovunque e da chiunque*"⁷⁶, conducono al perfetto allineamento tra economia di mercato, tecnica e governo degli "esperti", o *tecnocrazia*.

È proprio in questo senso che la tecnica diviene l'*Assoluto*, ovverosia la capacità assoluta di risolvere i problemi che è capacità assoluta non solo di condizionare ogni campo-sistema, ma altresì di determinarlo⁷⁷.

Contemporaneamente, il primato dello status di *consumatore* su quello di *cittadino* piega anche la politica alle dinamiche tecnocratiche in quanto la "tutela del consumatore", oggi sua prerogativa, si inserisce pienamente nella logica del mercato e non, piuttosto, in un sistema di volontà e progetti di natura differente, potenzialmente idonei a governare quelli tecno-economici, piuttosto che piegarsi ad essi.

Significative, in questo senso, le parole di Carlo Castronovo che, in epilogo a *Eclissi del diritto civile*, afferma: "*L'uomo senza qualità del codice civile si è tramutato nell'uomo con una sola qualità, il consumatore, centro di imputazione di diritti senza anima e senza storia, frutti incolori partoriti dal mercato*"⁷⁸.

⁷³ L. Scamacca, *L'uomo nel mondo della tecnica. Un confronto tra Heidegger e Anders*, Venezia 2012-2013.

⁷⁴ Cfr. U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano 1999.

⁷⁵ Il riferimento è a Fabio Ciarra, autore del saggio *Incremento della tecnica e proliferazione dei desideri*, in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto: dialoghi su giustizia e verità*, Bari 2001.

⁷⁶ N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 67.

⁷⁷ Si rimanda al già citato Mario Capanna. Cfr. M. Capanna, *Coscienza globale. Oltre l'irrazionalità moderna*, cit., pp. 85 ss. Per un quadro più generale sul tema, v. U. Galimberti, *Psiche e techne: l'uomo nell'età della tecnica*, Milano 1999.

⁷⁸ C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, p. 289.

In una catena senza soluzione di continuità, il cittadino-consumatore diviene anche cittadino-cliente, in quanto destinatario delle modalità comunicativo-pubblicitarie tipiche del sistema economico, piuttosto che di quelle politico-propagandistiche tradizionalmente appartenenti ai sistemi della politica e del diritto.

Faccio riferimento alle riflessioni di Montanari, il quale, analizzando la carica simbolica tanto della “Politica”, quanto del “Diritto” ne *“La fragilità del potere. L’uomo, la vita, la morte”*⁷⁹, ne evidenzia la comune prerogativa di suggestionare il cittadino al fine non di suscitare il suo immediato consenso, ma di influenzarne la mentalità, così da creare un’adesione caratterizzata da una profondità e una stabilità tali da “neutralizzare” l’eventuale opinione discordante.

Il discorso in cui mi addentro si colloca ancora una volta nell’analisi fornitaci da Cotta, il quale inserisce nel novero delle c.d. forme integrativo-escludenti anche la *politica*.

Egli ben redarguisce il suo lettore dalla superficiale attitudine a credere il potere fondamento della politica: “*esso non è un bene comune, ma piuttosto una necessità organizzativa comune*”⁸⁰.

Ecco che se ne profila l’ennesimo tratto di fragilità, non essendo da solo capace di generare il senso esistenziale della co-appartenenza: il potere, in questo senso, necessita sempre di ricorrere a strumenti liturgici che ne rafforzino la sua indefettibile artificialità.

Le osservazioni Montanari, cui ho accennato poc’anzi, prendono le mosse dalle teorie di Harold Dwight Lasswell ed Abrahm Kaplan che, nel 1950, descrivevano la *propaganda* come quel processo comunicativo capace di indurre, come afferma Montanari, “*una predisposizione di fondo dell’ambiente sociale verso la condivisione di un apparato di rappresentazioni linguistiche*”⁸¹, ovverosia di un sistema di “segni” che, veicolando la creazione di un *progetto*, inteso come rappresentazione ideale del mondo, creano a loro volta un sistema di “simboli” di ben maggior rilevanza in quanto strumento di diffusione capillare di un

⁷⁹ B. Montanari, *La fragilità del potere. L’uomo, la vita, la morte*, Milano-Udine 2013, pp. 35-49.

⁸⁰ S. Cotta, *Il diritto nell’esistenza, Linee di ontofenomenologia giuridica*, cit., p. 111.

⁸¹ B. Montanari, *La fragilità del potere. L’uomo, la vita, la morte*, cit., p. 40; per quanto concerne i due autori americani, si rimanda alle indicazioni bibliografiche contenute nell’opera di Montanari.

progetto politico, cruciale affinché l'esercizio del potere possa dirsi effettivamente *effettivo*.

Colto il significato che la *propaganda* assume nel pensiero dei due autori citati, nonché la netta distinzione in termini sia metodologici sia contenutistici che sussisteva tra la medesima e la *pubblicità*, Montanari, svolgendo un'avveduta attività di ri-attualizzazione della tematica in esame, ne descrive un graduale "*assottigliarsi della differenza*" come "*esito consequenziale alla vaporizzazione della simbolicità politica e alla dominanza di una simbologia meramente economicistica*"⁸².

Torna, a comprova del suo essere paradigma contemporaneo, quella "invasione di campo" che il sistema economico svolgeva, allora, nei confronti del sottosistema giuridico e che svolge, qui, nei confronti del *Politico*, come già pre-detto negli anni '20 da Weber⁸³.

Egli, puntualizzando la dinamica secondo cui il detentore del potere economico, mirando ad ottenere anche quello di carattere politico, determina una profonda modificazione della struttura stessa del potere, anticipa quanto oggi pienamente inverato, ossia la sostituzione del sistema comunicativo-propagandistico con il sistema comunicativo-pubblicitario.

La *pubblicità*, costringendo l'individuo nell'esercizio illusorio di una libertà, in realtà, *prodotta*, per recuperare il linguaggio romaniano, diviene meccanismo di conformazione non solo economico-consumistica, ma anche politica, tale da conservare il potere mediante non l'ideazione di un progetto ideale che induca l'adesione "popolare", ma, piuttosto, la riduzione della selettività, della reale possibilità di scelta, che nulla ha a che vedere né con l'opinione né il *consensus* propagandistici.

La *propaganda*, seppur in un'accezione diversa, che spiegherò tra poco, è tematica centrale dell'opera *Propaganda. Della manipolazione dell'opinione pubblica in democrazia*⁸⁴, contributo più celebre di Edward Louis Bernays, pubblicitario pioniere delle scienze delle Pubbliche relazioni.

⁸² B. Montanari, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, cit., p. 43.

⁸³ Si rimanda, ulteriormente, alle riflessioni di Montanari, in richiamo all'opera di Max Weber, *Economia e Società*, Milano 1961.

⁸⁴ V.E.L. Bernays, *Propaganda. Della manipolazione dell'opinione pubblica in democrazia*, Bologna 2008.

Accezione diversa in quanto Bernays non distingue, o più precisamente, non lo fa dichiaratamente, *propaganda* e *pubblicità* nel senso che abbiamo visto, ma, nei fatti, descrive una macchina propagandistica analoga a quel sistema comunicativo-pubblicitario che si è assunto quale nuovo canale preferenziale di comunicazione socio-politica.

In via esemplificativa, riporto le sue stesse parole, a testimonianza della sostanziale assonanza con i discorsi sin ora: *“Una volta coloro che governavano erano delle guide, dei capi, orientavano il corso della storia facendo ciò che avevano progettato. Gli attuali successori di quei personaggi e che esercitano il potere in virtù della loro posizione e delle loro attitudini, non possono più fare ciò che vogliono senza il consenso delle masse e per ottenerlo hanno trovato uno strumento sempre più affidabile nella propaganda (aggiungo io, “pubblicitaria”, più che puramente politica), che ha quindi un radioso futuro davanti a sé”*⁸⁵.

Si delineano questioni che impongono di riprendere il discorso svolto da Montanari in dialogo aperto con gli autori citati, in particolare Weber.

Bernays, infatti, scrive: *“(...) in virtù della loro posizione e delle loro attitudini (...)”*.

Innanzitutto, emerge la dimensione weberiana di “conquista” del potere politico da parte dei detentori di una *posizione*, potremmo dire, dominante in ambito economico.

Ma non solo.

Il concetto di *attitudini* cui fa riferimento l'autore americano è, in un qualche modo, riproposto da Montanari, quando scrive che: *“In primo luogo, il detentore del potere, operando sul piano psicologico, mostra se stesso come soggetto meritevole di fiducia da parte dei consociati, poiché offre una immagine di sé come “vittorioso” e “vincente” nel settore dell'imprenditorialità (latamente intesa) e, quindi, affidabile anche sul piano politico, pubblicitariamente raccontato ora come coincidente con la mera soddisfazione degli interessi individuali, nei quali si è frammentata la sfera pubblica”*⁸⁶.

In un ulteriore passo tratto dal libro di Bernays emerge anche un singolare carattere di circolarità nel rapporto Politica-Economia,

⁸⁵ E.L. Bernays, *Propaganda. Della manipolazione dell'opinione pubblica in democrazia*, cit., p. 43.

⁸⁶ B. Montanari, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, cit., p. 48.

*propaganda-pubblicità. Egli sottolinea che: “Le imprese americane hanno imparato dalla politica come conquistare il pubblico, ma per reggere la concorrenza sono state costrette a migliorare continuamente questo insegnamento; la politica, invece, è rimasta ancorata alle vecchie formule”*⁸⁷.

Sempre Montanari, nel saggio *Capire l'oggi*, individua proprio nell'assenza di corrispondenza tra l'effettività dei processi economici e l'efficacia di quelli politico-istituzionali, una delle cause determinanti il progressivo “*arretramento della politica di fronte all'operare transterritoriale dell'economia*”⁸⁸.

Dunque, l'Economia invade il campo della Politica utilizzando quelli che, originariamente, erano elementi comunicativo-rappresentativi tipici di quest'ultima che, tuttavia, perde progressivamente la sua capacità persuasiva, soccombendo all'accelerazione tecno-performativa con cui l'Economia domina le tecniche propagandistico-pubblicitarie.

Per dirla “*in breve*” con le parole straordinariamente efficaci di Bauman: “*La caratteristica più importante della condizione attuale è la separazione e lo straniamento reciproco tra il potere (la possibilità di fare cose) e la politica (la capacità di decidere quali cose devono essere fatte)*”⁸⁹.

Ancora.

Recuperando la sociologia di Luhmann, nella parte in cui assume rilevanza dal punto di vista, per così dire, epistemologico, si rende possibile cogliere quello che è il problema di fondo della contemporaneità, accomunante sia i discorsi prima svolti in ambito giuridico, sia ora accennati in riferimento alla dimensione politica e alla categoria del potere.

Nella teoria funzionalistica, l'osservazione consente di cogliere l'equilibrio sistemico ed è a partire da questo elemento osservativo che se ne indagano gli elementi determinanti, così da cogliere le funzioni che, se ri-adempiute, ne permettano il mantenimento.

⁸⁷ E.L. Bernays, *Propaganda. Della manipolazione dell'opinione pubblica in democrazia*, cit., p. 102.

⁸⁸ B. Montanari, *Capire l'oggi*, in B. Montanari (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto, Idee strutture mutamenti*, cit., p. 21.

⁸⁹ Z. Bauman, *Inutile scrutare l'imperscrutabile*, in *Immaginare il futuro. La società di domani vista dagli intellettuali di oggi*, Milano 2016, p. 26.

Parlare di osservazione e di equilibrio significa adottare un paradigma di temporalità c.d. *puntuale*, nella quale l'inizio coincide con la fine, rilevando, allora, la sola dimensione istantanea.

Così, numerosi dei concetti che sono emersi nelle righe precedenti e che rappresentano, in qualche modo, i nodi della critica reticolare che investe tutte le categorie del moderno pensare il mondo, sono accomunati proprio da una temporalità nuova, epistemologicamente osservativa: la *potenza economica* è effettiva in quanto prima di tutto è e, seppur tenda a mantenersi *essente*, non potrà mai sorgere ontologicamente duratura; il *consumatore* è tale nel dato momento in cui consuma e, nonostante le tecniche sempre più performanti di fidelizzazione, egli cessa di esserlo nel momento in cui interrompe l'attività consumistica; l'uomo è *cliente* proprio in virtù della relazione economica che instaura, non è cliente "a priori" come invece tale è l'elettore rispetto a ciò che poi, realisticamente, vota.

Si comprende, allora, come la digressione sul potere che ho svolto nelle pagine precedenti altro non sia che un'esemplificazione del generale mutamento che le tradizionali categorie politiche subiscono nella contemporaneità, mutamento che deve indurre a riflettere sull'opportunità di rileggere tali categorie alla luce della realtà mutata, piuttosto che di forzare tale realtà all'interno di cornici incapaci di contenerla.

Recupero, avviandomi alla conclusione, il pensiero irtiano, nel quale la norma giuridica "*vuole che il suo destinatario voglia un contenuto predefinito*", all'insegna dell'artificialità, e "*vale se prodotta da macchine secondo prestabilite procedure*", nel trionfo della *loi de l'efficacité* camusiana. Infatti, "*la validità non discende più da un contenuto, che sorregga e giustifichi la norma, ma dall'osservanza delle procedure proprie di ciascun ordinamento. Le procedure, come che funzionino, sono, a loro volta, poste: risultato di volontà, e non scoperta e applicazione di verità. (...) La norma ha una validità procedurale, e non una verità di contenuto. Non veritas sed auctoritas facit legem (...). L'unica e superstite razionalità riguarda il funzionamento delle procedure generatrici di norme*"⁹⁰.

⁹⁰ N. Irti – E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 8.

Lo stesso Montanari, ne *Itinerario di filosofia del diritto*, intitola il paragrafo settimo del terzo capitolo “*Lo Stato di diritto come Stato “procedurale”*” e rimanda proprio a Luhmann, per il quale “*lo Stato di diritto sarebbe un sistema nel quale le decisioni politiche sarebbero sottoposte ad un meccanismo formalizzato – le procedure – di positivizzazione normativa*”⁹¹. Il diritto, così configurato, ha il primario scopo di garantire l’equilibrio che, fattualmente di volta in volta, “*si dà*”.

La norma irtiana si connota per essere un “*prodotto*”, un meccanismo tecnico esacerbante il formalismo kelseniano. Non a caso, l’autore intitola una dei suoi ultimi contributi *Il salvagente della forma*, opera nella quale leggiamo che “*il massimo grado di formalismo procedurale corrisponde al massimo grado di nichilismo giuridico*” e “*il più alto grado di formalismo corrisponde al più alto grado di indifferenza contenutistica*”⁹².

Formalismo procedurale che nulla ha a che fare con la teoria hegeliana del Diritto positivo. Per Hegel, infatti, “*in generale, il Diritto è positivo*”, ma lo è sia quanto alla forma, essendo “*in vigore in uno Stato*”, sia indefettibilmente quanto al contenuto, avendo “*carattere nazionale*”, contenendo l’“*applicazione*” del concetto generale di Diritto ad oggetti e casi e, da ultimo, terminando in una “*decisione*”⁹³.

Il nichilismo giuridico, allora, nientifica il ruolo del contenuto normativo, in quanto muta il significato di validità della norma giuridica: se solamente una norma dal contenuto immutabile e inviolabile è *valida* in quanto *giustificata*, ovverosia, come direbbe Hegel, in quanto “*conformazione particolare*” del concetto di Diritto, una norma *valida* poichè frutto di una procedura funzionante non potrà che avere “*tutti i contenuti possibili*”.

Il *giusto* in sé non diventa altro che il funzionalmente valido, ovverosia il prodotto vincente dello “*scontro tra forze della fattualità, indifferenti alla ricerca del bene-giusto*”⁹⁴.

Torna in aiuto, ancora una volta, l’idealista tedesco, quando ammonisce il suo interlocutore circa la distinzione tra lo sviluppo del Concetto (di

⁹¹ B. Montanari, *Itinerario di filosofia del diritto*, cit., p. 185.

⁹² N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., pp. 39 e 42.

⁹³ Cfr. G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del Diritto*, Firenze-Milano 2017, p.77. V. anche *Ivi*, § 211. *La positivizzazione del diritto*, pp. 365 ss.

⁹⁴ B. Romano, *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*, cit., p. 67.

diritto) e lo sviluppo dei fondamenti storici. Hegel coglie, allora, come il contesto storico-istituzionale possa produrre determinazioni giuridiche del tutto fondate e conseguenti ma, “*in sé e per sé*”, ingiuste ed irrazionali⁹⁵.

Ecco che muta anche il ruolo del giurista.

Mi torna alla mente, per descriverne la condizione contemporanea, l'immagine che il filosofo sudcoreano più volte citato attinge da Michel Butor. Lo scrittore francese, ne *L'impiego del tempo* (1956), descrive l'impatto della crisi temporale sulla narrazione; a causa della detemporalizzazione, il narratore non è più in grado di trattenere il rilevante, tralasciando ciò che è insignificante. Allo stesso modo, il giurista, costretto a fronteggiare rapidamente le esigenze “legal-immunitarie” che la realtà gli sottopone, non è più “narratore” della giustizia ma enumeratore di soluzioni giuridiche prive di coerenza⁹⁶.

Se il binomio forma-contenuto è una costante del pensiero speculativo giuridico, approdare all'esito nichilistico significa riconoscere il primato della forma sulla sostanza e, più precisamente, l'*egemonia procedurale*.

Quest'ultima, inoltre, non è innocua neppure dal punto di vista individuale in quanto portatrice di *deresponsabilizzazione*: il soggetto, progressivamente trasformato in individuo, diventa il primo attore di questo movimento proceduralistico, nel quale ogni pretesa si fonda sul rispetto di procedure predefinite senza che, di questa pretesa, vi sia alcuna attenzione al contenuto.

La tematica della responsabilità non è nuova nemmeno a Romano che, richiamando le riflessioni filosofiche di Jacques Derrida, afferma la necessità di una filosofia del diritto che si preoccupi di applicare al contesto normativo una riflessione etica, come contropeso al rischio di un diritto strumentale al potere egemonico dell'economia finanziaria.

Romano, nell'opera *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo perfetto*, scrive: “*Nell'analizzare la configurazione attuale dei poteri statali, economici, mediatici, ideologici, religiosi e culturali, Derrida sostiene che, contro il dominio di tali poteri, un “principio di resistenza*

⁹⁵ G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del Diritto*, cit., p. 79; v. anche *Ivi*, §212. *Differenza materiale fra Diritto naturale e diritto positivo*, pp. 369 ss.

⁹⁶ Il riferimento è, ancora una volta, a Byung-Chul Han e al suo *Il profumo del tempo. L'arte di indugiare sulle cose*, cit., in particolare il capitolo III. *La velocità della storia*, pp. 29-36.

incondizionata è un diritto che l'università stessa dovrebbe insieme riflettere, inventare e porre, (...), affinché nuovi studi umanistici possano oltrepassare il piano del “mestiere” (competenza, sapere, saper-fare), così da debordare dal puro sapere tecno-scientifico all'impiego della responsabilità”⁹⁷.

Abstract: Anthropological and juridical categories that we adopt to interpret reality have progressively been the subject of a deep change of meaning, determining an era, the contemporary one, difficult to be defined and characterized by a widespread *unrootedness*. The result is a process of juridical *annihilation*, expression used by Bruno Romano in order to describe the current normativity as an effect of a previous financial nihilism. In this paper, the systems theory of Niklas Luhmann assumed a key role, especially regarding the Romano's criticism that denounces the primacy of *functioning*, instead of *function*. This is considered the cornerstone of *juridical nihilism*, that finds its most significant expression in the *proceduralism*, as Natalino Irti says.

Key words: systems theory; functionalism; legal dogmatics; technocracy; juridical nihilism; proceduralism.

⁹⁷ B. Romano, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo ‘perfetto’*, cit., p. 220, in riferimento a J. Derrida – P. A. Rovatti, *L'università senza condizione*, Milano 2002, pp. 12 e 13.

Andrea Santini

*Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del
Sacro Cuore*

Il nuovo regolamento attuativo dell'iniziativa dei cittadini europei: osservazioni a prima lettura*

The new Regulation on the European Citizens' Initiative: first remarks

SOMMARIO - 1. Introduzione. - 2. Il vigente regime giuridico dell'ICE. - 3. Le criticità emerse nei primi anni di applicazione dell'istituto. - 4. I principali contenuti del nuovo regolamento. - 4.1. Le innovazioni relative alla preparazione e alla registrazione dell'ICE - 4.2. Le innovazioni relative alla raccolta e alla verifica delle dichiarazioni di sostegno. - 4.3. Le innovazioni relative alla presentazione e all'esame dell'ICE - 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

L'iniziativa dei cittadini europei (d'ora in avanti, ICE) è un istituto introdotto nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea dal Trattato di Lisbona al fine di contribuire al rafforzamento del carattere democratico di questa Organizzazione, coerentemente con la previsione dell'art. 2 del Trattato sull'Unione europea (TUE), che identifica nella democrazia uno dei valori su cui l'Unione si fonda. I tratti essenziali di tale istituto sono stabiliti nell'art. 11, par. 4, TUE, che attribuisce ad almeno un milione di cittadini dell'Unione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, il potere di invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dello stesso TUE, nonché del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

L'istituto in esame trova effettiva applicazione dal 1° aprile 2012, a seguito della specificazione ad opera del legislatore dell'Unione, mediante il regolamento (UE) n. 211/2011¹, delle procedure e delle condizioni necessarie

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, riguardante l'iniziativa dei cittadini, in *GUUE* L 65 dell'11 marzo 2011, pp. 1 ss.

per la presentazione di un'ICE. Le criticità emerse fin dalle prime esperienze applicative dell'istituto hanno tuttavia indotto le istituzioni dell'Unione ad avviare una riflessione sulla revisione di tale regolamento già nel 2015². Questa riflessione si è tradotta nella proposta di un nuovo regolamento attuativo dell'ICE presentata dalla Commissione nel settembre 2017³; i successivi negoziati interistituzionali sono infine sfociati nello scorso mese di dicembre in un accordo politico tra il Parlamento europeo e il Consiglio, e le due istituzioni stanno ora procedendo alla definitiva approvazione dell'atto⁴.

L'obiettivo di questo scritto è quello di valutare se il nuovo regolamento – che sarà applicabile a partire dal 1° gennaio 2020 – potrà effettivamente contribuire alla piena valorizzazione dell'ICE. A tal fine, si procederà dapprima a una sintetica disamina del regolamento n. 211/2011 e delle criticità emerse nel corso della sua applicazione, per poi analizzare le principali novità introdotte dal nuovo regolamento e valutarne i possibili effetti.

2. Il vigente regime giuridico dell'ICE.

Come accennato in sede introduttiva, con il regolamento n. 211/2011 il legislatore dell'Unione ha provveduto a fissare le procedure e le condizioni necessarie per l'operatività dell'ICE, com'era d'altra parte richiesto dal secondo comma dello stesso art. 11, par. 4, TUE in combinato disposto con l'art. 24, co. 1, TFUE (che prevede, a tal fine, il ricorso alla procedura legislativa ordinaria). In estrema sintesi⁵, si può innanzitutto evidenziare che il regolamento n. 211/2011 specifica il numero minimo di Stati membri dai quali devono

² Tra i principali contributi a questa riflessione v. la decisione del Mediatore europeo del 4 marzo 2015 a conclusione dell'indagine di propria iniziativa OI/9/2013/TN; la relazione della Commissione sul primo triennio di applicazione del regolamento n. 211/2011, COM(2015) 145 final del 31 marzo 2015; la risoluzione del Parlamento europeo del 28 ottobre 2015 sull'iniziativa dei cittadini europei, P8_TA(2015)0382.

³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'iniziativa dei cittadini europei, COM(2017) 482 final del 13 settembre 2017. La proposta è accompagnata da un dettagliato documento di lavoro che contiene, tra l'altro, la sintesi dei risultati di una consultazione pubblica realizzata dalla Commissione tra il 24 maggio e il 16 agosto 2017, nell'ambito della quale essa ha ricevuto oltre 5000 risposte.

⁴ Il testo sulla cui base si fonda l'esame del nuovo regolamento svolto in questo scritto è quello risultante dai negoziati interistituzionali, approvato dal Coreper il 19 dicembre 2018 e dalla commissione per gli affari costituzionali del Parlamento europeo il 22 gennaio 2019, e contenuto nel documento PE632.949 del 20 dicembre 2018.

⁵ Per più dettagliate analisi del regolamento n. 211/2011 v., *ex multis*, M. Dougan, *What Are We to Make of the Citizens' Initiative?*, in *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1807 ss.; F. Ferraro, *Il diritto di iniziativa dei cittadini europei: uno strumento efficace di democrazia partecipativa?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, pp. 727 ss.; N.

provenire i firmatari di un'ICE, fissandolo a un quarto degli stessi⁶. Contestualmente, il regolamento stabilisce anche il numero minimo di firme che devono essere raccolte in ciascuno Stato membro perché questo possa essere conteggiato ai fini del rispetto della suddetta condizione; a questo proposito, esso fa leva sullo stesso criterio di proporzionalità degressiva previsto dall'art. 14, par. 2, TUE ai fini della ripartizione dei seggi del Parlamento europeo tra gli Stati membri, disponendo che il numero minimo di firmatari sia pari, per ciascuno Stato membro, al numero dei membri del Parlamento europeo ivi eletti, moltiplicato per 750 (fattore corrispondente al numero massimo dei parlamentari europei, escluso il Presidente, indicato nello stesso art. 14, par. 2, TUE)⁷. Si noti che, in questo calcolo, lo Stato membro al quale viene imputato ciascun firmatario è quello responsabile della verifica della sua dichiarazione di sostegno, che non necessariamente coincide – come si dirà tra breve – con quello di cui il firmatario ha la cittadinanza.

Un'ulteriore specificazione viene introdotta con riguardo ai requisiti individuali per la sottoscrizione di un'ICE, aggiungendo alla cittadinanza dell'Unione il possesso di un'età minima, pari a quella alla quale si acquisisce il diritto di voto per le elezioni del Parlamento europeo⁸. Stante la ben nota mancanza di un regime uniforme per le elezioni del Parlamento europeo, questa disposizione implicitamente rinvia alle legislazioni adottate in materia dai singoli Stati membri, nei quali l'età alla quale si acquisisce il diritto di voto per le suddette elezioni è di regola pari a diciotto anni, tranne che in Austria e a Malta, dov'è di sedici anni, e in Grecia, dov'è di diciassette anni.

Levrat, *L'initiative citoyenne européenne: une réponse au déficit démocratique?*, in *Cahiers de droit européen*, 2011, pp. 53 ss.; U. Villani, *Les principes démocratiques et l'initiative citoyenne européenne dans le Traité de Lisbonne*, in V. Kronenberger et al. (sous la coord. de), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, pp. 193 ss. Tra gli studi più recenti, che tengono conto anche della prassi applicativa del regolamento, v. A. Maffeo, *Il procedimento dell'iniziativa dei cittadini europei tra presente e futuro*, in R. Mastroianni – A. Maffeo (a cura di), *L'iniziativa dei cittadini europei*, Napoli, 2015, pp. 73 ss., e A. Damato, *Profili critici e istanze di revisione del diritto di iniziativa dei cittadini europei*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2017, pp. 39 ss.

⁶ Cfr. art. 7, par. 1, del regolamento. Questa soglia è dunque pari, attualmente, a sette Stati membri sul totale di ventotto, e rimarrà fissata allo stesso valore anche dopo il recesso del Regno Unito.

⁷ Cfr. art. 7, par. 2, del regolamento. Il numero minimo di firmatari per Stato membro derivante dall'applicazione di questo criterio è specificato nell'allegato I del regolamento, la cui versione attualmente in vigore è contenuta nel regolamento delegato (UE) n. 531/2014 della Commissione, del 12 marzo 2014, in *GUUE* L 148 del 20 maggio 2014, pp. 52 ss.; nel caso dell'Italia, tale numero è pari a 54.750.

⁸ Cfr. art. 3, par. 4, del regolamento.

Il regolamento detta, poi, una puntuale disciplina degli aspetti procedurali dell'ICE, articolandone lo svolgimento nelle seguenti fasi:

(a) la preliminare costituzione, da parte degli organizzatori di un'ICE, di un "comitato dei cittadini" composto da almeno sette persone, le quali, oltre a dover soddisfare gli stessi requisiti individuali richiesti ai firmatari, devono essere residenti in almeno sette diversi Stati membri⁹;

(b) la registrazione della proposta d'iniziativa, che gli organizzatori devono chiedere alla Commissione fornendo una serie di informazioni riguardanti, in particolare, l'oggetto e gli obiettivi dell'ICE nonché le disposizioni dei Trattati che essi ritengono pertinenti¹⁰, e alla quale la Commissione procede entro un termine di due mesi solo se l'ICE proposta rispetta alcune condizioni di ammissibilità. Nello specifico, ai sensi dell'art. 4, par. 2, del regolamento la Commissione è tenuta a verificare, oltre alla regolare costituzione del comitato dei cittadini, che l'ICE proposta non esuli manifestamente dal potere di iniziativa della stessa Commissione (non sia, cioè, manifestamente al di fuori dell'ambito di applicazione oggettivo dell'istituto, quale definito dall'art. 11, par. 4, TUE), che non sia presentata in modo manifestamente ingiurioso e non abbia un contenuto futile o vessatorio, e infine che non sia manifestamente contraria ai valori dell'Unione, quali stabiliti nell'art. 2 TUE;

(c) la raccolta delle dichiarazioni di sostegno (ossia delle firme a favore dell'ICE), che può avvenire sia su carta che per via elettronica per un periodo massimo di dodici mesi a decorrere dalla data di registrazione¹¹;

(d) la verifica e conseguente certificazione delle dichiarazioni di sostegno, compito che viene attribuito agli Stati membri in base a un complesso insieme di regole in virtù del quale, a seconda dei requisiti specificati dagli stessi Stati membri, lo Stato membro responsabile della verifica di ciascuna dichiarazione di sostegno è quello in cui il firmatario risiede, quello di cui è cittadino o quello che ha rilasciato il numero d'identità personale o il documento d'identità personale indicato nella dichiarazione di sostegno¹²;

⁹ Cfr. art. 3, parr. 1 e 2, del regolamento, dov'è anche precisato che gli organizzatori che siano nello stesso tempo parlamentari europei non vengono conteggiati ai fini del raggiungimento del numero minimo necessario per formare un comitato dei cittadini.

¹⁰ Cfr. art. 4, par. 1, e allegato II del regolamento. Quest'ultimo, oltre ad elencare le informazioni necessarie ai fini della registrazione, consente di allegare alla richiesta ulteriori informazioni facoltative, inclusa la bozza di un atto giuridico.

¹¹ Cfr. art. 5 del regolamento, nonché, per quanto riguarda i sistemi di raccolta per via elettronica, il successivo art. 6 e il regolamento di esecuzione (UE) n. 1179/2011 della Commissione, del 17 novembre 2011, in *GUUE* L 301 del 18 novembre 2011, pp. 3 ss.

¹² Cfr. il combinato disposto dell'art. 8, par. 1, e dell'allegato III, parte C, del regolamento. La conseguenza di queste previsioni è che alcuni cittadini dell'Unione vengono a trovarsi nella situazione di non poter di fatto sottoscrivere le iniziative aperte alla firma, non essendoci

(e) infine, qualora sia stata raggiunta la soglia del milione di firmatari provenienti da almeno un quarto degli Stati membri, la presentazione dell'ICE alla Commissione e il suo esame da parte di quest'ultima, che culmina – dopo un'audizione pubblica presso il Parlamento europeo, organizzata dallo stesso Parlamento europeo congiuntamente alla Commissione – nell'adozione di una comunicazione nella quale la Commissione espone le sue conclusioni giuridiche e politiche riguardo all'ICE, l'eventuale azione che intende intraprendere e i suoi motivi per agire o meno in tal senso¹³.

3. Le criticità emerse nei primi anni di applicazione dell'istituto.

La prassi applicativa dell'ICE rivela, sotto un primo profilo, un diffuso interesse per questo nuovo istituto: nel periodo dal 1° aprile 2012 al 31 dicembre 2018 sono state infatti registrate, e dunque aperte alla firma, cinquantaquattro ICE, che riguardano molteplici settori di competenza dell'Unione, e in particolare l'ambito socio-economico, la tutela dell'ambiente, la cittadinanza europea e i diritti ad essa connessi¹⁴. Tuttavia, emergono nello stesso tempo tre ordini di problemi.

In primo luogo, la Commissione ha rifiutato la registrazione di altre ventitré ICE, ritenendo che esse esulassero manifestamente dalla sua competenza a presentare una proposta di atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei Trattati. Ciò è certamente dipeso, in buona misura, dalla mancata comprensione delle caratteristiche dell'istituto da parte di alcuni organizzatori; ma, almeno in parte, è da imputare anche a un atteggiamento restrittivo inizialmente manifestato dalla Commissione¹⁵. Si deve però rilevare che la

alcuno Stato membro competente a verificare le loro dichiarazioni di sostegno. Ciò si può verificare, in particolare, nel caso di cittadini dell'Unione residenti in uno Stato terzo, qualora lo Stato membro di cui essi hanno la cittadinanza richieda, per procedere alla verifica, il requisito della residenza; e, ancora, nel caso di cittadini dell'Unione residenti in uno Stato membro diverso da quello di cui hanno la cittadinanza, qualora quest'ultimo richieda il requisito della residenza e lo Stato membro di residenza richieda l'indicazione di un numero d'identità personale o di un documento d'identità personale che vengono rilasciati ai soli cittadini.

¹³ Cfr. artt. 9-11 del regolamento.

¹⁴ Le ICE registrate, così come quelle ritenute inammissibili dalla Commissione, sono rese pubbliche nel registro ufficiale accessibile all'indirizzo Internet <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome?lg=it>.

¹⁵ Al riguardo v. in particolare J. Organ, *Decommissioning Direct Democracy? A Critical Analysis of Commission Decision-Making on the Legal Admissibility of European Citizens Initiative Proposals*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, pp. 422 ss., e A. Karatzia, *The European Citizens' Initiative in Practice: Legal Admissibility Concerns*, in *European Law Review*, 2015, pp. 509 ss.

situazione è profondamente mutata con l'entrata in carica, a partire dal 1° novembre 2014, della Commissione presieduta da Jean-Claude Juncker: da allora, infatti, la Commissione appare orientata a rifiutare la registrazione delle ICE solo quando queste non siano nemmeno latamente riconducibili alle sue competenze, e in particolare, di fronte a ICE che ricadono solo in parte nell'ambito di tali competenze, procede a una registrazione parziale delle stesse, specificandone nella propria decisione gli aspetti ammissibili¹⁶.

In secondo luogo, si è rivelato tutt'altro che agevole il raggiungimento della soglia di un milione di firmatari provenienti da almeno un quarto degli Stati membri: finora, infatti, questa soglia è stata raggiunta solo da cinque ICE, mentre in quarantatré casi la raccolta delle dichiarazioni di sostegno si è ormai chiusa senza successo. Dai resoconti degli stessi organizzatori di ICE¹⁷ emerge, a questo riguardo, la difficoltà di realizzare una campagna transnazionale di raccolta delle firme, per la quale occorre disporre di adeguate risorse umane e finanziarie. Inoltre, le difficoltà per gli organizzatori sono accresciute dalla circostanza che questo istituto risulta ancora poco conosciuto dai cittadini dell'Unione¹⁸. Altri problemi – attinenti in particolare alla predisposizione del sistema di raccolta per via elettronica, alla tempistica per la raccolta delle dichiarazioni di sostegno, alla quantità e alla tipologia di dati personali che devono essere richiesti ai firmatari – discendono direttamente dalle previsioni del regolamento n. 211/2011.

Infine, la risposta della Commissione alle quattro ICE che hanno finora raggiunto l'ultimo stadio della procedura¹⁹ ha in tutti i casi deluso le

¹⁶ Questi sviluppi riflettono, evidentemente, una diversa sensibilità politica della Commissione Juncker rispetto a quella che l'ha preceduta, ma in una certa misura sono stati indotti – o perlomeno rafforzati – anche dalla giurisprudenza, e in particolare da due sentenze del 2017 nelle quali il Tribunale dell'Unione ha annullato le decisioni di diniego della registrazione delle ICE *Minority SafePack – one million signatures for diversity in Europe* e *Stop TTIP*: cfr. la sentenza del 3 febbraio 2017, causa T-646/13, *Bürgerausschuss für die Bürgerinitiative Minority SafePack – one million signatures for Europe c. Commissione*, EU:T:2017:59, e la sentenza del 10 maggio 2017, causa T-754/14, *Efler e a. c. Commissione*, EU:T:2017:323.

¹⁷ V. per esempio quelli raccolti in C. Berg – J. Thomson (eds.), *An ECI That Works! Learning from the first two years of the European Citizens' Initiative*, Alfter, 2014 (reperibile all'indirizzo Internet <http://ecithatworks.org>).

¹⁸ La necessità di sensibilizzare il pubblico sull'ICE attraverso apposite campagne di informazione è richiamata a più riprese nella risoluzione del Parlamento europeo del 28 ottobre 2015, cit. *supra*, nota 2.

¹⁹ Si tratta dell'ICE *Acqua potabile e servizi igienico-sanitari: un diritto umano universale! L'acqua è un bene comune, non una merce!* (più nota con il titolo abbreviato *Right2Water*), presentata alla Commissione il 20 dicembre 2013; dell'ICE *Uno di noi*, presentata alla Commissione il 27 febbraio 2014; dell'ICE *Stop vivisection*, presentata alla Commissione il 3 marzo 2015; e dell'ICE *Vietare il glifosato e proteggere le persone e l'ambiente dai pesticidi*

aspettative degli organizzatori, dal momento che la Commissione non ha, in sostanza, dato seguito alle loro richieste, limitandosi perlopiù a illustrare e confermare il proprio preesistente orientamento sui temi oggetto di tali ICE²⁰. A questo proposito, è bene sottolineare che – come emerge dalla lettera dell’art. 11, par. 4, TUE, ai sensi del quale l’ICE è volta solamente a “invitare” la Commissione a presentare una proposta, e come è stato confermato anche in sede giudiziaria²¹ – l’istituto in esame non intende pregiudicare il sostanziale monopolio del potere di iniziativa che i Trattati attribuiscono alla Commissione, alla quale spetta dunque la decisione ultima riguardo alla presentazione o meno della proposta sollecitata dai firmatari dell’ICE (oltre che riguardo al preciso contenuto della proposta che essa dovesse eventualmente presentare). Se, dunque, la prassi della Commissione non può essere censurata sotto il profilo giuridico, è pur vero che, per altro verso, essa rischia di scoraggiare il ricorso all’ICE e, quindi, di tradursi in un sostanziale depotenziamento dell’istituto²².

4. I principali contenuti del nuovo regolamento.

A fronte dei problemi dei quali si è detto, il nuovo regolamento non si limita a puntuali modifiche del regolamento n. 211/2011, ma ne dispone l’abrogazione e la sostituzione a decorrere, come già accennato, dal 1° gennaio 2020. Se questo

tossici (anch’essa più nota con il titolo abbreviato, *Ban glyphosate*), presentata alla Commissione il 6 ottobre 2017. La quinta ICE che, secondo quanto comunicato dai suoi organizzatori, ha superato la soglia del milione di firmatari provenienti da almeno un quarto degli Stati membri è l’ICE *Minority SafePack*, registrata a seguito della sentenza del Tribunale di cui si è detto *supra*, nota 16; tuttavia, essa non è ancora stata presentata ufficialmente alla Commissione.

²⁰ Solo nel caso delle ICE *Right2Water* e *Ban glyphosate* si può parlare, al limite, di un parziale accoglimento delle richieste ivi formulate, che peraltro non ha riguardato l’obiettivo principale delle due iniziative, ma aspetti secondari delle stesse. Per un’analisi, in particolare, del seguito dato dalla Commissione alle prime tre ICE riuscite v. A. Karatzia, *The European Citizens’ Initiative and the EU Institutional Balance: On Realism and the Possibilities of Affecting EU Lawmaking*, in *Common Market Law Review*, 2017, pp. 177 ss.

²¹ Cfr. la sentenza del Tribunale del 23 aprile 2018, causa T-561/14, *One of us e a. c. Commissione*, EU:T:2018:210, nella quale il Tribunale ha, da un lato, ritenuto ricevibile il ricorso di annullamento proposto dagli organizzatori dell’ICE *Uno di noi* nei riguardi della comunicazione della Commissione relativa a tale ICE, ma dall’altro ha respinto tale ricorso nel merito. Avverso tale pronuncia è attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia il giudizio di impugnazione, proposto ancora una volta dagli organizzatori dell’ICE in questione: si tratta della causa C-418/18 P, *Puppinck e a. c. Commissione*.

²² In questo senso v. C. Morviducci, *L’iniziativa dei cittadini europei: la Commissione non risponde*, in E. Triggiani *et al.* (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, pp. 477 ss., spec. p. 484.

dato formale lascia intendere l'ampiezza delle modifiche apportate alla vigente disciplina, si deve però subito sottolineare che tali modifiche intervengono all'interno di un disegno complessivo della procedura che rimane sostanzialmente inalterato, e che pertanto continua a prevedere, dopo la preliminare costituzione di un "gruppo di organizzatori" (nuova denominazione di quello che, oggi, è chiamato "comitato dei cittadini"), quattro fasi di svolgimento di un'ICE: la registrazione; la raccolta delle dichiarazioni di sostegno; la loro verifica e certificazione da parte degli Stati membri; infine, la presentazione dell'ICE alla Commissione e il suo esame da parte di quest'ultima.

Ciò premesso, al fine di presentare le principali novità si procederà a suddividerle in tre gruppi, esaminando, in primo luogo, quelle volte ad agevolare la preparazione e la registrazione di un'ICE; in secondo luogo, quelle che riguardano la raccolta e la verifica delle dichiarazioni di sostegno; in terzo luogo, quelle relative alla presentazione e all'esame delle iniziative che abbiano raggiunto il numero minimo di firmatari.

4.1. Le innovazioni relative alla preparazione e alla registrazione dell'ICE.

Le misure finalizzate ad agevolare l'avvio di nuove ICE riguardano, da un lato, il gruppo di organizzatori e il supporto che questo può ricevere nella preparazione di un'ICE; dall'altro, la fase di registrazione.

Per quanto riguarda il gruppo di organizzatori, in verità, rimane inalterata la regola secondo cui questo deve essere costituito da almeno sette persone fisiche, le quali devono avere la cittadinanza dell'Unione, avere raggiunto l'età alla quale si acquisisce il diritto di voto per le elezioni del Parlamento europeo e risiedere in almeno sette Stati membri diversi²³. Tuttavia, il nuovo regolamento introduce due importanti novità volte a limitare l'ampia responsabilità personale che, ai sensi del regolamento n. 211/2011, grava sugli organizzatori²⁴, e che può pertanto disincentivare il ricorso allo strumento dell'ICE.

²³ Cfr. art. 5, parr. 1 e 2, del nuovo regolamento. Si noti peraltro che, mentre ai sensi del regolamento n. 211/2011 solo i nomi dei sette membri necessari per la regolare costituzione del comitato dei cittadini devono essere comunicati alla Commissione e vengono pubblicati nel registro ufficiale, il nuovo regolamento dispone che debbano essere comunicati e pubblicati anche i nomi di eventuali altri membri del gruppo di organizzatori; esso, inoltre, contempla la possibilità di modifiche nella composizione del gruppo di organizzatori durante lo svolgimento della procedura (art. 5, par. 4).

²⁴ Ai sensi dell'art. 13 del regolamento n. 211/2011, "[g]li organizzatori rispondono degli eventuali danni da essi arrecati nell'organizzazione delle iniziative dei cittadini, in conformità

Rispetto a questo problema, il nuovo regolamento chiarisce, da un lato, le condizioni della responsabilità personale degli organizzatori, statuendo che, fatta salva la responsabilità del rappresentante del gruppo di organizzatori quale titolare del trattamento dati ai sensi del regolamento generale sulla protezione dei dati personali²⁵, i membri del gruppo di organizzatori sono responsabili in solido, conformemente al diritto nazionale applicabile, degli eventuali danni da essi arrecati nell'organizzazione di un'ICE mediante atti illeciti posti in essere intenzionalmente o per grave negligenza (art. 5, par. 5). Dall'altro lato, il nuovo regolamento consente agli organizzatori – senza peraltro imporre ad essi questa soluzione, che può per altri versi risultare onerosa – di costituire, a norma del diritto nazionale di uno Stato membro, una entità giuridica ai fini della gestione di una determinata ICE; qualora ciò avvenga, questa entità giuridica viene a sostituirsi, a seconda dei casi, al gruppo di organizzatori o ai suoi singoli membri, e assume in capo i relativi profili di responsabilità (art. 5, par. 7).

Quanto al supporto nella preparazione di un'ICE, la novità di maggior rilievo è rappresentata dall'obbligo per la Commissione di predisporre e mettere gratuitamente a disposizione una piattaforma collaborativa *online* (art. 4, par. 2). Il valore aggiunto di questa piattaforma – una cui prima versione è già stata realizzata nell'ambito di un progetto pilota promosso dal Parlamento europeo²⁶ – sembra essere duplice. In primo luogo, essa mira a favorire lo scambio di informazioni e di esperienze tra le componenti della società civile interessate all'utilizzo dell'ICE, agevolando tra l'altro l'individuazione di possibili partner per la costituzione del gruppo transnazionale di organizzatori. In secondo luogo, la piattaforma dovrebbe includere un servizio di consulenza giuridica e pratica affidato a un soggetto esterno alla Commissione, così da evitare qualsiasi potenziale conflitto di interessi derivante dalla prestazione di

del diritto nazionale applicabile”. Inoltre, ai sensi dell'art. 12, gli organizzatori di un'ICE sono considerati, per le operazioni di trattamento dei dati personali che fanno capo ad essi, come i responsabili del trattamento dei dati, e in questa veste sono tenuti ad applicare misure adeguate, di ordine tecnico ed organizzativo, per proteggere i dati personali da distruzione accidentale o dolosa o da perdita accidentale, da alterazioni, da diffusione e accesso non autorizzati, in particolare se il trattamento implica la trasmissione dei dati in rete, e da ogni altra forma illegittima di trattamento.

²⁵ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in *GUUE* L 119 del 4 maggio 2016, pp. 1 ss.

²⁶ L'indirizzo Internet di questa piattaforma è <https://collab.ec.europa.eu/wiki/eci/>.

tale consulenza da parte dei servizi della stessa istituzione chiamata poi a decidere sulla richiesta di registrazione²⁷.

Venendo alla disciplina della fase di registrazione, l'art. 6 del nuovo regolamento introduce alcune rilevanti innovazioni, da un lato prevedendo espressamente l'ipotesi della registrazione parziale di un'ICE, dall'altro inserendo questa ipotesi nel quadro di un vero e proprio dialogo che viene a instaurarsi tra la Commissione e il gruppo di organizzatori qualora l'ICE della quale è richiesta la registrazione, a giudizio della Commissione, esuli manifestamente, in tutto o in parte, dalla sua competenza a presentare una proposta di atto giuridico dell'Unione ai fini dell'applicazione dei Trattati²⁸.

Nello specifico, l'art. 6, par. 4, dispone che, nella situazione appena richiamata, la Commissione debba informare il gruppo di organizzatori, entro un mese dalla loro richiesta di registrazione, della propria valutazione e dei relativi motivi. In tal caso, gli organizzatori possono decidere di mantenere o ritirare la richiesta originaria, oppure di modificarla, riformulando l'ICE alla luce delle valutazioni della Commissione; essi devono comunicare la propria scelta alla Commissione entro due mesi, precisandone i motivi e se del caso trasmettendo le eventuali modifiche delle informazioni necessarie per la registrazione. A questo punto la Commissione, entro un ulteriore mese: (a) registra l'ICE, se nessuna parte di essa esula manifestamente dalla sua competenza a presentare una proposta di atto giuridico dell'Unione ai fini dell'applicazione dei Trattati; (b) registra parzialmente l'ICE, se una sua parte, compresi i suoi obiettivi principali, non esula manifestamente dalla suddetta competenza; (c) si rifiuta

²⁷ Il carattere indipendente della consulenza fornita attraverso la piattaforma è esplicitato nel considerando 13 del nuovo regolamento. Attualmente – per effetto dell'art. 4, par. 1, del regolamento n. 211/2011, il quale dispone che la Commissione istituisca un punto di contatto per la fornitura di informazioni e di assistenza ai potenziali organizzatori di un'ICE – tale consulenza è fornita dalla stessa Commissione attraverso il centro di contatto Europe Direct. Il nuovo regolamento continua peraltro a prevedere che la Commissione, oltre a predisporre la piattaforma collaborativa *online*, offra ai cittadini e ai gruppi di organizzatori informazioni e assistenza riguardo all'ICE, specificando che ciò comporta in particolare la pubblicazione di un'apposita guida (art. 4, par. 1); esso richiede inoltre a ciascuno Stato membro di istituire a sua volta uno o più punti di contatto per fornire informazioni e assistenza ai gruppi di organizzatori (art. 4, par. 6).

²⁸ Per il resto, l'art. 6 del nuovo regolamento integra le condizioni per la registrazione già previste nell'art. 4 del regolamento n. 211/2011 con un'ulteriore condizione relativa all'ipotesi in cui venga costituita un'entità giuridica ai fini della gestione dell'ICE (in tal caso, l'entità giuridica deve essere stata appositamente creata a tal fine, e il membro del gruppo di organizzatori designato come suo rappresentante deve avere il mandato di agire a nome dell'entità giuridica: cfr. art. 6, par. 3, lett. b); inoltre, la condizione per cui l'ICE non deve essere manifestamente contraria ai valori dell'Unione viene integrata da un esplicito riferimento alla Carta dei diritti fondamentali (art. 6, par. 3, lett. e).

di registrare l'ICE, se non sussistono i presupposti per una sua registrazione integrale o parziale.

Opportunamente, infine, l'art. 6, par. 5, dispone che, nei casi in cui la Commissione ha proceduto a una registrazione parziale, non solo ne deve essere data notizia nel registro ufficiale dell'ICE, ma il gruppo di organizzatori deve garantire che i potenziali firmatari siano informati dell'ambito di applicazione della registrazione e del fatto che le dichiarazioni di sostegno vengono raccolte solo in relazione a tale ambito.

4.2. Le innovazioni relative alla raccolta e alla verifica delle dichiarazioni di sostegno.

Un secondo gruppo di novità introdotte dal nuovo regolamento riguarda la raccolta e la verifica delle dichiarazioni di sostegno, nell'intento di rendere più agevole il raggiungimento della soglia di un milione di firmatari provenienti da almeno un quarto degli Stati membri.

Prima di soffermarsi su queste novità merita attenzione una questione che attiene alla titolarità stessa del diritto di sottoscrivere un'ICE. Accogliendo un suggerimento proveniente da più parti²⁹, la proposta della Commissione non faceva più coincidere l'età minima richiesta a tal fine con quella alla quale si acquisisce nei diversi Stati membri il diritto di voto per le elezioni del Parlamento europeo, ma attribuiva il diritto di sostenere un'ICE a ogni cittadino dell'Unione di almeno sedici anni³⁰. Una simile scelta avrebbe avuto un duplice pregio: da un lato, avrebbe dettato una regola uniforme per tutti gli Stati membri; dall'altro, avrebbe fatto dell'ICE uno strumento utile ai fini del coinvolgimento nella sfera pubblica europea di giovani ancora privi del diritto di voto³¹, in piena coerenza con l'art. 165, par. 2, TFUE, che prospetta interventi dell'Unione volti, tra l'altro, a "incoraggiare la partecipazione dei giovani alla vita democratica dell'Europa". A questa modifica si è tuttavia opposto un ampio numero di Stati membri, facendo valere le difficoltà che ne

²⁹ Cfr., per esempio, il punto 26 della risoluzione del Parlamento europeo del 28 ottobre 2015, cit. *supra*, nota 2, nonché il punto 1.4.4 del parere del Comitato economico e sociale del 13 luglio 2016 dal titolo *L'iniziativa dei cittadini europei (revisione)*, in *GUUE* C 389 del 21 ottobre 2016, pp. 35 ss.

³⁰ Cfr. art. 2 della proposta, cit. *supra*, nota 3.

³¹ In senso analogo v. M. Dougan, *What Are We to Make*, cit., p. 1820; *contra*, A. Damato, *Profili critici*, cit., p. 63, secondo la quale "costituendo l'iniziativa dei cittadini un diritto politico che consente la partecipazione anche alla elaborazione della legislazione europea, non è inappropriato che l'età alla quale ne sia consentito l'esercizio sia omogenea a quella richiesta, negli Stati membri, per votare al PE".

sarebbero conseguite in sede di verifica delle dichiarazioni di sostegno di cittadini non ancora inclusi nelle liste elettorali. Il nuovo regolamento ripropone pertanto la regola oggi vigente, ma nello stesso tempo stabilisce che gli Stati membri possono fissare l'età minima per sostenere un'ICE a sedici anni in base alle rispettive legislazioni nazionali³².

Per quanto riguarda la disciplina della raccolta delle dichiarazioni di sostegno, una prima novità da segnalare riguarda il periodo di svolgimento della stessa. La durata massima di questa fase rimane pari a dodici mesi; tuttavia, la data di inizio della raccolta non coincide più con quella della registrazione dell'ICE da parte della Commissione, bensì con una data – che non può comunque superare i sei mesi dalla registrazione – scelta dagli organizzatori (art. 8, par. 1). Questo lasso di tempo tra la registrazione e l'effettivo avvio della raccolta delle dichiarazioni di sostegno potrà risultare utile sotto diversi profili. In primo luogo, esso dovrebbe consentire agli organizzatori che utilizzeranno – finché ciò sarà ancora possibile, come subito si chiarirà – un proprio sistema di raccolta elettronica di predisporlo e di ottenerne la certificazione. In secondo luogo, durante questo periodo potrà essere predisposta la traduzione dell'ICE in tutte le lingue ufficiali dell'Unione, che peraltro rappresenta un ulteriore aspetto sul quale il nuovo regolamento introduce una novità di rilievo, perché non fa più gravare il relativo onere sugli organizzatori, ma sulla Commissione³³. Infine, in questo periodo gli organizzatori potranno realizzare delle campagne informative, così da preparare anche sotto questo profilo il terreno alla raccolta delle dichiarazioni di sostegno.

Quanto alle modalità di raccolta delle dichiarazioni di sostegno, il nuovo regolamento conferma che vi si potrà procedere sia su carta che per via elettronica. A quest'ultimo proposito si registra però un'ulteriore, importante novità: l'art. 10 prevede, infatti, l'obbligo per la Commissione di realizzare un sistema centrale di raccolta elettronica, conforme alle regole sulla sicurezza dei sistemi di comunicazione e informazione della Commissione³⁴, il cui utilizzo –

³² Cfr. art. 2, par. 1, co. 2, del nuovo regolamento; v. anche il considerando 7, che incoraggia gli Stati membri ad avvalersi di questa facoltà.

³³ Cfr. art. 4, par. 4, del nuovo regolamento. La Commissione provvederà, come specificato nell'allegato II dello stesso regolamento, alla traduzione del titolo e degli obiettivi dell'ICE, nonché di un eventuale allegato contenente informazioni aggiuntive sull'oggetto, gli obiettivi e il contesto dell'ICE che non superi le 5000 battute spazi esclusi; resterà invece in capo agli organizzatori l'onere di fornire, se lo desiderano, la traduzione di ulteriori informazioni aggiuntive nonché dell'eventuale bozza di atto giuridico.

³⁴ Cfr. la decisione (UE, Euratom) 2017/46 della Commissione, del 10 gennaio 2017, sulla sicurezza dei sistemi di comunicazione e informazione della Commissione europea, in *GUUE* L 6 dell'11 gennaio 2017, pp. 40 ss. Si aggiunga che tramite questo sistema dovrà anche essere possibile esprimere il sostegno a un'ICE utilizzando i mezzi di identificazione elettronica

gratuito – è destinato ad agevolare in maniera significativa il compito degli organizzatori. Infatti, il ricorso ad esso farà venire meno la necessità per gli organizzatori di predisporre un proprio sistema³⁵; inoltre, la gestione del sistema centrale di raccolta elettronica e delle dichiarazioni di sostegno raccolte per suo tramite farà capo direttamente alla Commissione, alla quale spetterà anche il compito di presentare tali dichiarazioni di sostegno alle autorità nazionali competenti per la loro verifica³⁶. L'art. 11 del regolamento fa comunque salva la possibilità per gli organizzatori di utilizzare un proprio sistema di raccolta elettronica, conforme alle specifiche tecniche adottate dalla Commissione e previamente certificato dall'autorità competente dello Stato membro nel cui territorio saranno archiviati i dati raccolti; ma quest'ultima disposizione sarà applicabile solo per le ICE registrate entro il 31 dicembre 2022, dopo di che gli organizzatori dovranno necessariamente utilizzare il sistema centrale.

Un'altra innovazione che potrà agevolare la raccolta delle dichiarazioni di sostegno riguarda la radicale semplificazione dei dati personali richiesti ai firmatari. Sotto questo profilo, il nuovo regolamento contempla solo due possibili situazioni, a seconda che lo Stato membro competente per la verifica della relativa dichiarazione di sostegno non richieda, o al contrario richieda, l'indicazione di un numero di identificazione personale o di un numero di un documento di identificazione personale: nella prima ipotesi, il firmatario dovrà indicare nome, cognome, residenza e data di nascita; nella seconda ipotesi, dovrà invece indicare nome, cognome e il numero in questione³⁷.

notificati dagli Stati membri ai sensi del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE, in *GUUE* L 257 del 28 agosto 2014, pp. 73 ss.

³⁵ Come forma di supporto agli organizzatori, il regolamento n. 211/2011 si limita a prevedere che la Commissione sviluppi e metta gratuitamente a disposizione un *software* con codice sorgente aperto che presenti le pertinenti caratteristiche tecniche e di sicurezza; nella prassi, la Commissione si è anche offerta di ospitare gratuitamente sui propri *server* i sistemi di raccolta elettronica, per ovviare alla difficoltà, segnalata dai primi organizzatori di ICE, di trovare fornitori di *server* adeguati e a prezzi accessibili.

³⁶ Il nuovo regolamento dispone anche che il sistema centrale di raccolta elettronica sia concepito in maniera tale che gli organizzatori possano caricarvi le dichiarazioni di sostegno raccolte su carta; qualora ciò avvenga, anche queste dichiarazioni verranno presentate alle autorità nazionali competenti per la loro verifica da parte della Commissione (cfr. art. 10, par. 1, ult. co., e art. 12, par. 3, co. 1).

³⁷ Cfr. al riguardo l'art. 9, par. 4, e l'allegato III del nuovo regolamento. Anche l'allegato III del regolamento n. 211/2011 contiene due modelli di moduli per la raccolta delle dichiarazioni di sostegno, da utilizzare rispettivamente per gli Stati membri che non richiedono l'indicazione di un numero d'identità personale o di un documento d'identità personale e per quelli che invece richiedono tale indicazione; considerate però le ulteriori

Infine, vengono rivisti anche il criterio in virtù del quale ogni firmatario viene imputato a uno Stato membro ai fini delle operazioni di verifica delle dichiarazioni di sostegno e conseguente certificazione del numero di firmatari per ciascuno Stato membro, nonché il metodo di calcolo del numero minimo di firmatari per Stato membro.

Sotto il primo profilo, l'art. 12, par. 1, del nuovo regolamento dispone che ogni Stato membro verifica e certifica le dichiarazioni di sostegno firmate dai propri cittadini, e correlativamente l'art. 3, par. 2, statuisce che ciascun firmatario è conteggiato nello Stato membro di cui è cittadino. Si evita così che ciascuno Stato membro possa determinare, come avviene oggi, quali dichiarazioni di sostegno è competente a verificare, adottando altresì una soluzione che appare la più coerente con la lettera dell'art. 11, par. 4, TUE, che fa riferimento ad almeno un milione di cittadini “che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri”.

Per quanto riguarda invece il numero minimo di firmatari, l'art. 3, par. 1, lett. b, prevede che per ciascuno Stato membro esso sia pari al numero dei membri del Parlamento europeo ivi eletti, moltiplicato per il numero totale dei parlamentari europei, e non più per 750 (com'è attualmente previsto e come continuava a disporre anche la proposta della Commissione). Si noti che, in assenza di tale modifica, la variazione nella ripartizione dei seggi del Parlamento europeo prevista per la legislatura 2019-2024 tenendo conto del recesso del Regno Unito³⁸ avrebbe comportato per molti Stati membri – che ottengono un incremento del rispettivo contingente di deputati – un aumento delle rispettive soglie di firmatari; mentre in virtù di questa modifica, per effetto della riduzione del numero totale dei membri del Parlamento europeo a 705, la soglia si abbasserà per la maggior parte degli Stati membri.

4.3. Le innovazioni relative alla presentazione e all'esame dell'ICE.

Con riguardo all'ultima fase della procedura, il nuovo regolamento introduce alcune novità essenzialmente volte, da un lato, a ridefinirne la tempistica e, dall'altro, a potenziare il ruolo del Parlamento europeo.

Sotto il primo profilo, il regolamento fissa, innanzitutto, un termine per la presentazione alla Commissione delle iniziative dei cittadini che abbiano raggiunto la soglia di un milione di firmatari provenienti da almeno un quarto

precisazioni in calce a tali modelli, relative agli ulteriori dati personali richiesti da alcuni Stati membri, sono attualmente in uso tredici moduli.

³⁸ Cfr. la decisione (UE) 2018/937 del Consiglio europeo, del 28 giugno 2018, che stabilisce la composizione del Parlamento europeo, in *GUUE* L 165 I, pp. 1 ss.

degli Stati membri: gli organizzatori devono provvedervi entro tre mesi dalla data dell'ultimo certificato rilasciato dalle autorità nazionali competenti alla verifica e certificazione delle dichiarazioni di sostegno (art. 13). Se si considera che, ai sensi di quanto previsto nell'art. 12, le dichiarazioni di sostegno vanno presentate alle suddette autorità entro tre mesi dalla fine del periodo di raccolta, e che queste dispongono a loro volta di tre mesi per lo svolgimento dei relativi controlli, ne consegue che la presentazione alla Commissione avverrà al più tardi nove mesi dopo la fine del periodo di raccolta delle dichiarazioni di sostegno³⁹.

Oltre a ciò, il nuovo regolamento prevede, negli artt. 14 e 15, una maggiore durata di questa fase e una più precisa scansione dei passaggi che la caratterizzano: in primo luogo, il gruppo di organizzatori deve essere ricevuto dalla Commissione, a un livello appropriato, entro un mese dalla presentazione dell'ICE; in secondo luogo, l'audizione pubblica deve svolgersi entro tre mesi dalla presentazione dell'ICE; infine, la comunicazione nella quale la Commissione espone le sue conclusioni giuridiche e politiche deve essere adottata entro sei mesi – anziché tre, unico termine previsto dal regolamento n. 211/2011 per tutti questi adempimenti – dalla presentazione dell'ICE.

Per quanto riguarda il ruolo del Parlamento europeo, innanzitutto esso diviene l'unico responsabile dell'organizzazione dell'audizione pubblica, in relazione alla quale deve assicurare, in particolare, una rappresentanza equilibrata dei pertinenti interessi pubblici e privati (art. 14, par. 2). In tal modo, il nuovo regolamento intende sottrarre l'audizione pubblica all'influenza della Commissione (che continua a dovervi essere rappresentata a un livello adeguato, ma non è più responsabile della sua organizzazione congiuntamente al Parlamento europeo) e sembra nello stesso tempo volerla valorizzare come occasione di dibattito pubblico sulle questioni sollevate dall'ICE: in quest'ultima prospettiva, lo stesso art. 14, par. 2, specifica che la possibilità di partecipare all'audizione deve essere garantita anche al Consiglio, alle altre istituzioni e organi consultivi dell'Unione, ai parlamenti nazionali e alla società civile.

³⁹ Si osservi che, in assenza di un'analoga previsione nel regolamento n. 211/2011, mentre le ICE *Right2Water*, *Uno di noi* e *Ban glyphosate* sono state presentate alla Commissione pochi mesi dopo il termine della raccolta delle dichiarazioni di sostegno, gli organizzatori dell'ICE *Stop vivisection* l'hanno trasmessa alla Commissione circa sedici mesi dopo la fine del periodo di raccolta. Quanto all'ultima ICE ad avere superato il milione di firmatari provenienti da almeno un quarto degli Stati membri, vale a dire l'ICE *Minority SafePack*, essa non è stata ancora presentata alla Commissione, nonostante la raccolta delle dichiarazioni di sostegno si sia chiusa, al momento in cui si scrive, da oltre dieci mesi.

Soprattutto, però, l'istituzione rappresentativa dei cittadini è chiamata a intervenire in maniera attiva in questa fase della procedura dovendo valutare, a seguito dell'audizione pubblica, il sostegno politico di cui gode l'ICE in esame (art. 14, par. 3); e, anche dopo la presentazione da parte della Commissione della propria comunicazione, è tenuta a valutare le misure adottate dalla stessa Commissione per dare seguito all'ICE (art. 16). Queste disposizioni non chiariscono per la verità in qual modo il Parlamento europeo debba svolgere questa duplice valutazione. Al riguardo, assumono però rilievo due modifiche che lo stesso Parlamento europeo ha apportato al proprio regolamento interno il 31 gennaio 2019⁴⁰, anticipando e nello stesso tempo specificando le suddette novità legislative.

La prima di queste modifiche – che viene a costituire il nuovo art. 211, par. 8, del regolamento parlamentare – dispone che il Parlamento europeo tenga una discussione sull'ICE in questione in una tornata successiva all'audizione pubblica, e che al momento di iscrivere la discussione all'ordine del giorno venga deciso se concludere o meno la discussione con una risoluzione⁴¹. La seconda modifica – che viene a costituire il nuovo art. 211, par. 9 – integra invece la disposizione che già faceva riferimento alla possibilità per la commissione competente per il merito, in caso di mancata presentazione di una proposta da parte della Commissione, di organizzare una nuova audizione in consultazione con gli organizzatori dell'ICE e di avviare la procedura per l'esercizio del diritto dello stesso Parlamento di chiedere alla Commissione di presentare una proposta adeguata: ai sensi della nuova norma, il Parlamento europeo potrà anche decidere se tenere una discussione in aula e se concludere o meno tale discussione con una risoluzione.

5. Conclusioni.

Nella propria proposta del settembre 2017, la Commissione enunciava due principali obiettivi del processo di revisione del regolamento attuativo dell'ICE: da un lato, rendere l'ICE più accessibile, meno onerosa e di più facile utilizzo per gli organizzatori e i sostenitori; dall'altro, realizzare pienamente il

⁴⁰ Cfr. la decisione del Parlamento europeo del 31 gennaio 2019 sulla modifica del regolamento del Parlamento europeo, P8_TA-PROV(2019)0046.

⁴¹ La norma precisa, da un lato, che non è possibile adottare una risoluzione se nel corso della stessa tornata o di quella successiva è prevista una relazione sullo stesso argomento, a meno che il Presidente non disponga diversamente per motivi eccezionali; dall'altro, che qualora venga deciso di concludere la discussione con una risoluzione, la commissione competente, un gruppo politico o almeno un ventesimo dei membri del Parlamento europeo possono presentare una proposta di risoluzione.

suo potenziale come strumento per promuovere il dibattito e la partecipazione a livello europeo, e avvicinare così l'Unione ai suoi cittadini⁴². L'esame del nuovo regolamento consente di concludere che i maggiori risultati sono stati raggiunti sul primo dei due fronti.

Molte delle novità previste dal nuovo regolamento sembrano in effetti agevolare il compito degli organizzatori nella fase di avvio di una nuova ICE e in quella di raccolta delle dichiarazioni di sostegno. Senza tornare sugli aspetti di carattere più pratico già illustrati nelle pagine precedenti⁴³, sembra meritare un giudizio positivo anche la nuova disciplina della fase di registrazione. Certo, non sono state accolte le richieste di chi avrebbe voluto sottrarre alla Commissione la decisione sulla registrazione delle ICE⁴⁴. Tuttavia il nuovo regolamento, prevedendo espressamente l'ipotesi della registrazione parziale, consolida quella che fino ad ora era solo una prassi della Commissione Juncker, e per di più la inserisce nel quadro di un dialogo tra gli organizzatori e la stessa Commissione che dà ai primi la possibilità di riformulare l'ICE alla luce delle osservazioni della seconda, anziché essere in una posizione meramente passiva. Con specifico riferimento alla raccolta delle dichiarazioni di sostegno, poi, a quanto già detto è il caso di aggiungere che questa dovrebbe trarre giovamento anche dall'esplicita previsione dell'obbligo a carico della Commissione di sensibilizzare il pubblico in merito all'esistenza, agli obiettivi e al funzionamento di questo istituto, attraverso attività di comunicazione e campagne di informazione⁴⁵.

Questi miglioramenti, tuttavia, rischiano di non essere sufficienti a rafforzare l'ICE se non si garantisce, nel contempo, un'adeguata valorizzazione sul piano politico delle ICE riuscite, ossia di quelle che ottengono il sostegno di almeno un milione di cittadini europei. Ciò non significa che la Commissione deve necessariamente dare seguito ad esse presentando una proposta di atto

⁴² Cfr. il documento COM(2017) 482 final, cit. *supra*, nota 3, p. 3; in senso analogo v. anche il quinto considerando del nuovo regolamento attuativo.

⁴³ Si deve però annotare che la coalizione di organizzazioni non governative ECI Campaign ha espresso un giudizio molto critico sull'obbligo di utilizzare, per le ICE che saranno registrate dal 1° gennaio 2023, il sistema centrale di raccolta elettronica gestito dalla Commissione, ritenendo che la possibilità di utilizzare un proprio sistema di raccolta elettronica garantisca agli organizzatori maggiore flessibilità e indipendenza: v. ECI Campaign, *EU deal creates a highly uncertain future for ECI*, in www.citizens-initiative.eu, 14 dicembre 2018.

⁴⁴ V. in particolare il parere del Comitato delle regioni del 23 marzo 2018 sull'iniziativa dei cittadini europei, in *GUUE* C 247 del 13 luglio 2018, pp. 62 ss., dove si proponeva di affidare la decisione sulla registrazione a un comitato indipendente di sette membri, composto di giuristi, esponenti del mondo accademico e rappresentanti della società civile.

⁴⁵ Cfr. art. 18, par. 1, del nuovo regolamento, ai sensi del quale, inoltre, il Parlamento europeo contribuirà alle attività di comunicazione della Commissione.

giuridico, dal momento che, come si è già detto, l'istituto in esame non pregiudica il diritto di iniziativa della Commissione. È però indispensabile che la decisione finale della Commissione, quale essa sia, non risulti come una sorta di automatica riproposizione di un indirizzo politico già consolidato, ma sia il frutto di un autentico dibattito pubblico generato dall'ICE, con il coinvolgimento del maggior numero possibile di attori istituzionali e della società civile.

Il nuovo regolamento sembra porsi nella prospettiva appena indicata soprattutto laddove dispone che, dopo l'audizione pubblica, il Parlamento europeo valuti il sostegno politico di cui gode un'ICE riuscita. Con riguardo all'audizione pubblica, poi, traspare la volontà di farne un'occasione non meramente formale, ma di autentico confronto tra diversi punti di vista, laddove è richiesto al Parlamento europeo di provvedere alla sua organizzazione garantendo una rappresentanza equilibrata dei diversi interessi in gioco. La nuova tempistica della fase di esame dell'ICE dovrebbe inoltre garantire che la Commissione possa definire la propria posizione anche alla luce delle risultanze dell'audizione pubblica e del dibattito parlamentare, così che quanto avviene in quelle sedi possa effettivamente influenzare l'intero esito del processo.

Il nuovo regolamento avrebbe però potuto spingersi oltre, e riempire di ulteriori contenuti il periodo di sei mesi entro il quale è previsto che la Commissione adotti la propria comunicazione su un'ICE riuscita. Per esempio, si sarebbe potuto prevedere che la Commissione debba realizzare una consultazione pubblica sulle questioni sollevate da un'ICE riuscita, così da poter considerare anche gli esiti di questa consultazione al momento della decisione sul seguito da dare a tale ICE. In assenza di una previsione di questo tipo nel nuovo regolamento, l'auspicio è che un simile sviluppo, o altri che comunque contribuiscano ad accrescere l'impatto politico dell'ICE e a valorizzarne le potenzialità democratiche, possano realizzarsi nella prassi dei prossimi anni.

Abstract: The article deals with the new EU Regulation on the European Citizens' Initiative (ECI), which shall apply from 1 January 2020 and will substitute Regulation 211/2011. After a short presentation of the current legal regime of the ECI and of the problems which emerged in its application, the article examines the main innovations introduced by the new Regulation in order to understand whether it can enable the ECI to achieve its full potential as a tool to foster democracy in the EU.

Keywords: European Citizens' Initiative (ECI); EU Regulation 211/2011; New ECI Regulation.

M.G. Ortoleva

Ricercatore di Diritto tributario, Università degli Studi di Verona

Natura ed effetti della sospensione dei pagamenti di cui all'art. 48 bis del d.P.R. n. 602/73*

Legal nature and effects of the payment block pursuant art. 48 bis of the Presidential Decree n. 602/73

Sommario: I caratteri del blocco: affinità e differenze rispetto al fermo amministrativo generale ex art. 69 del r.d. n. 2440/1923 - 2. La natura e la funzione del blocco dei pagamenti secondo la dottrina - 3. I caratteri e i presupposti delle misure cautelari di diritto comune - 4. ... e delle misure cautelari della pubblica amministrazione - 5. La natura cautelare della sospensione dei pagamenti di cui all'art. 48 bis d.p.r. n. 602/73 - 6. Le forme di tutela avverso il blocco dei pagamenti - 6.1... quella amministrativa - 6.2... e quella giurisdizionale.

1. I caratteri del blocco: affinità e differenze rispetto al fermo amministrativo generale ex art. 69 del R.D. n. 2440/1923.

Nell'ambito di una più ampia riforma dell'attività esattiva, posta in essere in tempi relativamente recenti al fine di ridurre l'evasione da riscossione¹, il

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ La fase della riscossione, dopo il riordino del sistema attuato con il d.lgs. n. 46/99, è stata interessata da frequenti interventi legislativi tutti sostanzialmente diretti a ridurre la cd. evasione da riscossione, ma fra loro per niente o assai poco coordinati. In termini v. S. La Rosa, *L'iscrizione di ipoteca sugli immobili ed il fermo di beni mobili registrati nel processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, IV (2008), p. 335. V. anche M. Basilavecchia, *Soggetti passivi e riscossione coattiva*, in *Corr. trib.*, 43 (2006), pp. 3393 ss. Nell'ambito di questi interventi il legislatore seguita a riservare particolare attenzione alle misure cautelari a garanzia dei crediti tributari vantati dal fisco, prevedendo nuovi istituti (v. art. 28 *ter* del d.p.r. n. 602/73), ampliando l'operatività e rendendo più "efficienti" quelli già esistenti (cfr. art. 27, commi da 5 a 7, d. l. n. 185/2008, ai sensi del quale l'ipoteca ex art. 22 d.lgs. n. 472/97 può essere adottata anche per somme dovute sulla base di atti di accertamento e conserva la sua validità ed efficacia, anche quanto a grado dell'iscrizione, in favore dell'agente della riscossione che ha in carico il ruolo, senza necessità di alcuna formalità o annotazione) e rafforzando i poteri dell'amministrazione anche in funzione dell'adozione di detti provvedimenti (v. art. 15 del d.l. n. 78/2009, ove si dispone che l'Agenzia delle entrate può esercitare i poteri di richiesta di dati concernenti le movimentazioni finanziarie al fine di supportare le richieste di ipoteca e di sequestro). Su questi temi v. M. Basilavecchia, *Ancora novità su misure cautelari, versamenti e riscossione coattiva*, in *Corr. trib.*, 34 (2009), pp. 2793 ss.; Id., *Misure cautelari e riscossione*, in *Rass. trib.*, 2 (2013), p. 479. Sulla rilevanza delle misure di garanzia ai fini della proficuità della riscossione v. anche G. Ingrao, *La tutela della riscossione dei crediti tributari*, Bari 2012, p. 14, il quale sottolinea che «Ove non si

legislatore ha avvertito l'esigenza di introdurre una nuova ed ulteriore² forma di sospensione dei pagamenti di cui risultano destinatari i creditori/debitori di enti appartenenti alla pubblica amministrazione, la quale al pari di misure coeve sembra derogare a principi e regole di «civiltà giuridica ed equilibrata composizione di interessi elaborati negli altri rami del diritto»³.

Ci si riferisce all'istituto del blocco dei pagamenti della pubblica amministrazione disciplinato dall'art. 48 *bis* del d.p.r. n. 602/73 il quale, nell'attuale formulazione e dopo reiterate modifiche⁴, impone alle amministrazioni pubbliche (di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165)⁵ e alle società a prevalente partecipazione pubblica – «prima di effettuare, a qualunque titolo, il pagamento di un importo superiore a cinquemila euro» – di accertare che il beneficiario sia «inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo» e,

prevedano adeguate misure di garanzia dell'attuazione del tributo, si legittima peraltro una riduzione del prelievo fiscale nei confronti di alcuni soggetti (evasori), i cui effetti negativi vanno a ricadere su altri consociati, in termini di aggravio del prelievo fiscale, necessario per il sostenimento della spesa pubblica».

² Con il comma 13 dell'art. 2 del d.l. n. 262/2006 (convertito con modifiche nella legge n. 286/2006) è stato introdotto, insieme con il blocco dei pagamenti di cui ci si occupa, l'istituto della c.d. «compensazione volontaria» di cui all'art. 28 *ter* del d.P.R. n. 602/73. Quest'ultimo, come quello di cui all'art. 23, consente all'amministrazione di sospendere l'erogazione dei rimborsi d'imposta in funzione di una futura compensazione, ma a differenza di quello opera qualora il beneficiario risulti iscritto a ruolo. Si tratta in sostanza di un altro meccanismo di sospensione circoscritta ai rimborsi d'imposta che opera nella fase della riscossione, sebbene non presupponga l'inadempimento ma la mera iscrizione a ruolo del destinatario del «pagamento». Su tale istituto in dottrina v. S.M. Messina, *La compensazione volontaria*, in S. La Rosa (a cura di), *Autorità e consenso nel diritto tributario*, Milano 2007, pp. 80 ss., secondo il quale questo istituto sarebbe manifestazione di un potere di autotutela attribuito all'Agenzia, da collocare nell'ambito della categoria dell'autotutela consensuale, in quanto il potere si fonda sul consenso dell'altro soggetto. V. anche S.M. Messina, *La compensazione nel diritto tributario*, Milano 2007, pp. 108 ss.; S. La Rosa, *Accordi e transazioni nella fase della riscossione dei tributi*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, p. 21; G. Girelli, *La compensazione tributaria*, Milano 2010, pp. 34 ss.; A. Guidara, *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*, Milano 2010, pp. 208 ss.

³ A. Fedele, *Diritto tributario (principi) (voce)*, Annali II, in *Enc. dir.*, Roma, pp. 447 ss. spec. p. 468.

⁴ L'art. 48 *bis* del d.p.r. n. 602/1973 è stato invero modificato prima dall'art. 19, co. 1, lett. a), d.l. 1 ottobre 2007, n. 159 (convertito, con modificazioni, nella Legge 29 novembre 2007, n. 222); poi dall'art. 2, co. 17, legge 15 luglio 2009, n. 94; successivamente dall'art. 9, co. 1-*bis*, d.l. 8 aprile 2013, n. 35 (convertito, con modificazioni, nella Legge 6 giugno 2013, n. 64); e da ultimo dall'art. 1, commi da 986 a 988, della Legge 27 dicembre 2017, n. 205, vigente a decorrere dal 1° marzo 2018.

⁵ Si tratta di soggetti ricompresi nell'ambito della pubblica amministrazione che concorrono, in base al sistema europeo dei conti, alla formazione del conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche.

qualora l'esito di detta verifica sia positivo, di sospendere il pagamento (per sessanta giorni) e segnalare «la circostanza all'agente della riscossione competente per territorio, ai fini dell'esercizio dell'attività di riscossione delle somme iscritte a ruolo»⁶.

Detta misura sembra di primo acchito finanche più incisiva del risalente istituto del fermo amministrativo generale di cui all'art. 69, co. 6, del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440⁷, non solo perché è fisiologicamente finalizzata al soddisfacimento del credito iscritto a ruolo in un brevissimo lasso temporale, ma anche a causa delle evidenti patologie della disciplina nella quale si predilige la celerità del risultato a discapito di quell'ordito di garanzie e diritti che devono essere riconosciuti ai destinatari di misure che comprimono la loro sfera giuridica.

Il regolamento di attuazione della disciplina di cui all'art. 48 *bis* configura infatti la misura come esclusivamente strumentale al pignoramento speciale *ex* art. 72 *bis* del d.P.R. 602/73⁸, ma non prevede alcun obbligo di comunicare al destinatario l'avvenuta sospensione. Con il risultato che il creditore di una p.a., il quale è al contempo inadempiente all'obbligo di versamento di somme recate da cartelle di pagamento o avvisi di accertamento immediatamente esecutivi, può subire in termini assai rapidi la sospensione del pagamento ed il successivo pignoramento speciale (del proprio credito) senza averne alcuna contezza⁹.

Queste peculiarità e *in primis* la posizione di supremazia che per effetto di questa disciplina è attribuita nella fase della riscossione delle somme iscritte a

⁶ All'attuazione dell'art. 48 *bis*, limitatamente alle amministrazioni pubbliche di cui al citato art. 1 ed alle società a totale partecipazione pubblica, si è provveduto con il D.M. 18 gennaio 2008 n. 40, il quale ha definito il procedimento che conduce alla sospensione del pagamento in maniera diversa da quanto previsto dalla fonte primaria, essendo stato semplificato e razionalizzato il meccanismo delle segnalazioni, delle richieste e delle risposte intercorrenti fra "soggetti pubblici" e agente della riscossione. Sulle modalità applicative di questo istituto e sugli aspetti soggettivi ed oggettivi sia consentito rinviare a M.G. Ortoleva, *Considerazioni preliminari sulla sospensione dei pagamenti della pubblica amministrazione*, in *Diritto e processo*, 3 (2017), pp. 300 ss.

⁷ Il citato art. 69, come noto, attribuisce ad «un'amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo, ragione di credito verso aventi diritto a somme dovute da altre amministrazioni» il potere di sospendere i pagamenti «in attesa del provvedimento definitivo», *id est* in genere la compensazione fra le reciproche posizioni di debito credito.

⁸ Sul punto sia consentito rinviare a M.G. Ortoleva, *Considerazioni preliminari alla sospensione dei pagamenti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 309 - 315.

⁹ Ad oggi invero nessun obbligo di comunicazione del pignoramento speciale è previsto neanche dall'art. 72 *bis* citato.

ruolo agli enti creditori¹⁰ inducono a ricercare un inquadramento sistematico dell'istituto, anche al fine di appurare se esista una giustificazione a siffatta compressione dei diritti del debitore/ destinatario¹¹.

A questo scopo sembra innanzitutto opportuno mettere a fuoco le affinità e le differenze che intercorrono fra il fermo amministrativo generale e il blocco dei pagamenti e verificare se quest'ultimo possa di fatto avere circoscritto l'ambito di applicazione del primo¹², se il rapporto fra i due possa essere ricostruito [come osservato da taluna dottrina] in termini di *genus a species*¹³ e se le soluzioni maturate per colmare il deficit di tutela inizialmente connesso al fermo amministrativo possano valere anche per l'istituto in esame.

Molteplici sono le questioni che nel corso degli anni – anche in ragione della stringatezza del dato normativo – si sono poste con riguardo al fermo: dall'identificazione delle amministrazioni legittimate ad adottarlo fino ad arrivare all'individuazione della giurisdizione.

¹⁰ A riguardo non pare superfluo ricordare che il destinatario del blocco, per un verso, è titolare di un credito certo, liquido ed esigibile ma, per contro, è debitore di una pretesa la quale, oltre ad essere recata da un titolo esecutivo formato unilateralmente dallo stesso creditore, può non essere egualmente certa (ancorché liquida ed esigibile).

¹¹ Sul punto v. G. Ingraio, *La tutela della riscossione dei crediti tributari*, cit., p. 12, il quale – richiamando autorevole dottrina – ribadisce che «La giustificazione costituzionale delle disposizioni tese a rafforzare la posizione dell'ente impositore sia nella fase della riscossione esattoriale (privilegi in senso atecnico), sia nell'ipotesi di concorso con altri creditori (privilegi in senso proprio), come è noto, si ricollega alla tutela dell'interesse collettivo alla pronta ed effettiva riscossione dei tributi». I *privilegia fisci* devono tuttavia, precisa l'A., rispettare «i canoni di ragionevolezza e proporzionalità rispetto agli interessi che intendono tutelare» ed in specie quelli di natura procedimentale devono comunque garantire l'esercizio del diritto di difesa del contribuente «nel momento in cui subisce l'azione esecutiva».

¹² Sulla questione attinente alla vigenza dell'istituto del fermo amministrativo generale dopo l'entrata in vigore dell'articolo 48 *bis* del d.P.R. n. 602/1973 v. Circolare Min. economia e finanze - Dip. Ragioneria Generale dello Stato, 21 marzo 2018, n. 13/RGS, § 9 (in Gazz. Uff. 10 aprile 2018, n. 83). L'amministrazione, se da una parte riconosce «le non trascurabili analogie» esistenti tra le due misure «soprattutto con riguardo all'esigenza per le pubbliche amministrazioni di non pagare chi, per altro verso, risulta essere un proprio debitore», dall'altra evidenzia le differenze di «raggio d'azione», di «presupposti e finalità» delle stesse, giungendo per tale via alla conclusione che, «benché possano risultare, in qualche misura, complementari tra loro», il fermo amministrativo è ancora vigente.

¹³ Sul punto cfr. G. Ingraio, *La tutela della riscossione dei crediti tributari*, cit., p. 147 secondo il quale «nell'ambito del rapporto tributario può trovare applicazione il fermo amministrativo disciplinato in via generale per tutte le amministrazioni statali dall'art. 69 del R.D. n. 2440/23, quello speciale previsto dall'art. 23, D.Lgs. n. 472/97, nonché quello di recente disciplinato dall'art. 48 *bis*, DPR n. 602/73. Il primo ha una portata generale, i restanti riguardano, invece, specifiche ipotesi ivi regolate». Sul rapporto fra i due istituti v. anche M. Basilavecchia, *Soggetti passivi e riscossione coattiva*, cit., pp. 3396-3397; A. Guidara, *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*, cit., pp. 223-225.

Muovendo dai risultati raggiunti dalla dottrina¹⁴ e dalla giurisprudenza è agevole osservare che i suddetti istituti differiscono tanto sul piano dei soggetti e dei presupposti quanto sotto il profilo procedurale.

Innanzitutto – mentre ai sensi dell'art. 69 soltanto le amministrazioni dello Stato in senso stretto (ivi incluse le Agenzie fiscali)¹⁵ sono legittimate a chiedere ad altra amministrazione dello Stato la sospensione del pagamento delle somme da questa dovute¹⁶ – possono beneficiare del blocco previsto

¹⁴ In dottrina, senza pretese di esaustività, v. C.A. Molinari, *Il fermo amministrativo*, in *Foro amm.*, III (1969), pp. 585 ss.; S. Cassese, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*, commento a Corte Costituzionale, in *Giur. cost.*, 1-2 (1972), pp. 331 ss.; R. Roffi, *Osservazioni sul c.d. «fermo amministrativo»*, in *Giur. it.*, 6 (1973), pp. 127 ss.; A. Barettoni Arleri, *Fermo amministrativo e compensazione nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie dello Stato*, in AA.VV., *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova 1985, pp. 37 ss.; F. Garri, *Fermo amministrativo (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, vol. XIV, pp. 1 ss.; A. Bennati, *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli, 1990, pp. 352 ss.; L. Montel, *Fermo Amministrativo (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI (1991), pp. 302 ss.; L.R. Perfetti, *Fermo amministrativo e posizione dell'amministrazione debitrice. L'art. 69, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, come norma derogatoria o diritto potestativo civilistico*, in *Foro amm. CDS*, 2002, pp. 3150 ss. Sull'applicazione dell'istituto in ambito tributario v. A.E. Granelli, *Il fermo amministrativo in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, I (1985), pp. 899 ss.; M. Basilavecchia, *Il fermo amministrativo nei procedimenti tributari*, in *Rass. trib.*, 1995, p. 251; G. Ingrao, *La tutela della riscossione dei crediti tributari*, cit., pp. 143-184; C. Buccico, *Misure cautelari a tutela del credito erariale*, cit., pp. 1-36.

¹⁵ I dubbi sulla legittimazione delle Agenzie – sorti in ragione della loro autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria – sono stati risolti dal legislatore, prima, con l'art. 3, co. 5 *decies*, del d. l. 9 settembre 2005, n. 182 (convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 novembre 2005, n. 231), poi, a distanza di meno di un mese, con l'art. 3, comma 42-*ter*, D.L. 30 settembre 2005, n. 203 (convertito, con modificazioni, dalla L. 2 dicembre 2005, n. 248). Il primo, aggiungendo il comma 6 all'art. 69, dispone che «Tra le amministrazioni dello Stato devono intendersi le Agenzie da esso istituite, anche quando dotate di personalità giuridica»; il secondo, di interpretazione autentica, stabilisce che le disposizioni contenute nel quinto comma dell'articolo 69 «si interpretano nel senso che, successivamente all'istituzione delle agenzie fiscali previste dall'articolo 57, comma 1, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, il potere di cui allo stesso articolo 69, quinto comma, del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, può essere esercitato anche da tali agenzie e dall'ente pubblico economico Agenzia del demanio».

¹⁶ Cfr. S. Cassese, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*, cit., pp. 334-335, secondo il quale l'applicazione del fermo solo all'amministrazione statale va fatta risalire «non in una posizione istituzionale di maggior potere propria dell'organizzazione pubblica pertinente allo Stato, ma nella ragione funzionale della impossibilità di poter compensare debiti che appartengano a persone diverse - con casse diverse». Per il chiaro Autore in sostanza «il fatto che il fermo è funzionale a una compensazione permette di spiegare perché esso spetti alla sola pubblica amministrazione e non trovi applicazione anche ad altri enti pubblici». Sul tema v. anche R. Roffi, *Osservazioni sul c.d. «fermo amministrativo»*, cit., p. 129; A. Bennati, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., p. 352; F. Garri, *Fermo amministrativo (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, 1989, p. 1, il quale esclude l'utilizzabilità della misura da parte delle regioni sia perché la norma dettata per lo Stato è essenzialmente procedimentale e sia per la diversità della struttura

dall'art. 48 bis tutti gli enti pubblici relativamente alle entrate riscosse a mezzo ruolo¹⁷ e, dunque, ad esempio, e a tacer d'altro, le Regioni, le Provincie, i

organizzativa statale e regionale. Dà conto dell'esistenza di un orientamento secondo il quale sarebbe ammesso il fermo a favore delle Regioni «per le funzioni delegate che vengono cioè svolte per conto dello Stato» L. Montel, *Fermo amministrativo (voce)*, cit., p. 302. Sui soggetti legittimati a adottare il fermo in giurisprudenza v. Cons. Stato, 9 marzo 2005, n. 967, in *Giornale dir. amm.*, 10 (2005), pp. 1059 ss., con commento di B.G. Mattarella, *Il fermo amministrativo: erosione di un privilegio*. In tale occasione i Giudici di Palazzo Spada ribadiscono che il fermo amministrativo è un «istituto di carattere eccezionale che consente alle amministrazioni statali, in deroga ai principi generali, di ottenere la sospensione, in via cautelare e provvisoria, del pagamento di somme dovute anche da parte di altre amministrazioni in presenza di una ragione di credito anche non definitivamente accertata». Nello stesso senso con riferimento alle Province v. Cass., SS.UU., 4 novembre 2002, n. 15382, in *Giornale dir. amm.*, 2 (2003), p. 168 la quale afferma che «l'istituto del fermo amministrativo, di cui all'art. 69, comma 6, R.D. n. 2440 del 1923, è riferito esclusivamente ad amministrazioni statali, e non può pertanto essere direttamente utilizzato da parte di altri soggetti, in quanto la traslazione di tale strumento, suscettibile di importare un eccezionale affievolimento dei diritti di credito dei privati ad opera della stessa amministrazione che è parte del rapporto, al di fuori dell'alveo legislativamente assegnatogli ed il suo inserimento nell'ordinamento contabile di enti diversi dallo Stato possono ammettersi solo in presenza di una espressa ed inequivoca disposizione normativa, non già in via di interpretazione estensiva od analogica». Con riferimento alle Regioni v. Cass., SS.UU., 29 luglio 1998, n. 7414, in *Rass. avv. Stato*, I (1998), 406. Per i Massimi Giudici la traslazione nell'ordinamento contabile delle regioni di «un istituto così peculiare, se non eccezionale, quale è il fermo amministrativo, suscettibile di importare un, per molti versi anomalo, affievolimento di diritti subiettivi di credito di privati (cfr., in argomento, Cass., SS.UU. civ., sent. n. 423 del 1989, prec. cit.) al di fuori dell'alveo originario assegnatogli dal legislatore nazionale ed il suo inserimento nell'ordinamento contabile di enti diversi dallo Stato potrebbero ravvisarsi consentiti esclusivamente in presenza di un'espressa, ed inequivoca, normazione al riguardo».

¹⁷ Cfr. art. 17 del d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46. Con tale disposizione la riscossione a mezzo ruolo è stata estesa alle entrate non tributarie dello Stato e degli altri enti pubblici, anche previdenziali, esclusi quelli economici e, previa apposita autorizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze, a specifiche tipologie di crediti delle società per azioni a partecipazione pubblica se ritenuti di rilevanza pubblica. In termini v. A. Guidara, *Ruolo d'imposta (voce)*, in *Enc. giur. Treccani on line*, 2016. Secondo l'A. è però «da escludere che per le entrate aventi causa in rapporti di diritto privato il ruolo costituisca provvedimento amministrativo: per l'appunto, l'art. 21 del d.lgs. 26.2.1999, n. 46 richiede che esse, per essere iscritte a ruolo, risultino da titolo avente efficacia esecutiva». Ritiene invece che i debiti del beneficiario del pagamento debbono, comunque, avere natura tributaria G. Ingraio, *La tutela della riscossione dei crediti tributari*, cit., pp. 223-224, secondo il quale «un potere così invasivo della sfera giuridica del contribuente si giustifica solo in relazione alla peculiare natura (solidaristica) del tributo, a nulla valendo il procedimento attraverso cui il credito viene riscosso». Non sembra poi che possa dubitarsi dell'applicabilità della sospensione in caso di omesso pagamento delle maggiori imposte, interessi e sanzioni recate dagli avvisi di accentramento immediatamente esecutivi o delle somme a qualunque titolo dovute all'INPS (anche a seguito di accertamenti degli uffici) riscosse mediante avvisi di addebito con valore di titolo esecutivo rispettivamente ai sensi gli artt. 29 e 30 del d.l. n. 78/2010, stante che il comma 1, lett. g), dell'art. 29 ed il comma 14 dell'art. 30 impongono di intendere i riferimenti contenuti in norme vigenti al ruolo e alla cartella di pagamento come effettuati ai nuovi atti

Comuni.

Alla stessa stregua i soggetti debitori in capo ai quali è posto l'obbligo di avviare il procedimento (dal quale può scaturire il provvedimento di sospensione) sono non solo le amministrazioni statali, ma tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165¹⁸ e finanche le società a prevalente partecipazione pubblica¹⁹.

A fronte di questa maggiore ampiezza della misura in esame sotto il profilo soggettivo, più rigorosi sono i presupposti oggettivi necessari per la sua adozione.

Nel caso della sospensione di pagamento non è infatti sufficiente, come è per il fermo, la sussistenza di una "ragione creditoria" dotata secondo l'orientamento prevalente di ragionevole apparenza e fondatezza²⁰, ma occorre che la pretesa

immediatamente esecutivi. Di diverso avviso è B. Denora, *op. cit.*, p. 264, secondo la quale la suddetta «generica previsione di coordinamento ... potrebbe, tuttavia, non garantire l'applicabilità della procedura di blocco dei pagamenti prevista dall'art. 48-bis».

¹⁸ Si tratta di soggetti ricompresi nell'ambito della pubblica amministrazione che concorrono, in base al sistema europeo dei conti, alla formazione del conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche.

¹⁹ A riguardo occorre però precisare che ad oggi le modalità di attuazione sono stabilite dal D.M. 18 gennaio 2008, n. 40 limitatamente alle amministrazioni pubbliche di cui al citato art. 1 ed alle società a totale partecipazione pubblica. Per quanto invece concerne le società a prevalente partecipazione pubblica, il D.M. rinvia ad un successivo regolamento del Ministro dell'Economia e delle Finanze, non ancora emanato.

²⁰ La dottrina risalente attribuiva alla locuzione «ragione creditoria» un significato particolarmente ampio, ritenendo sufficiente una semplice affermazione o contestazione da parte dell'amministrazione di una pretesa creditoria o addirittura di un'aspettativa. Cfr. A. Bennati, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., pp. 352 ss.; C. Bentivenga, *Contabilità di Stato*, vol. I, in AA.VV., *Elementi di contabilità pubblica*, Milano 1970, pp. 309 ss. Di diverso avviso S. Cassese, *op. cit.*, p. 337, il quale, contestando la posizione dell'amministrazione volta ad intendere l'espressione ragione di credito come una pretesa creditoria pura e semplice, osservava che «poiché siamo nel campo dell'amministrazione e vale il principio di legalità e tipicità dell'attività amministrativa, può ben dirsi che l'amministrazione, perché si intendano verificati i presupposti del fermo consistenti nell'accertamento della "ragione di credito", deve attendere il verificarsi di quelle fasi della procedura amministrativa che facciano "ragionevole" la pretesa di credito dell'amministrazione. È ciò che potrebbe, ad esempio, dirsi se sono stati posti in essere gli atti deliberativi amministrativi anche in assenza degli atti della procedura di secondo grado». In dottrina nel senso della necessaria esistenza del requisito della ragionevolezza v. F. Garri, *Il fermo amministrativo (voce)*, cit., pp. 1 ss. In tal senso sembra peraltro essere la prassi dell'amministrazione secondo la quale, essendo la nozione di "ragione di credito" insuscettibile di una definizione rigorosa, «l'unico termine idoneo a qualificare la pretesa come atto a radicare il potere di fermo» si deve «mutare dal processo civile ed è il c.d. *fumus boni juris*, cioè la ragionevole apparenza di fondatezza» (così circ. min., 29 marzo 1999, n. 21/RGS). Subordina invece l'adozione del fermo all'esistenza di una «prova dimostrativa certa, che determina nell'amministrazione la convinzione che esiste un motivo sicuro del suo diritto, che giustifica e legittima la soggezione del debitore all'adempimento» C.A. Molinari, *Il fermo amministrativo*, cit., p. 587. Secondo l'A. «l'attività dello Stato deve svolgersi in ogni campo, nei limiti posti non solo dalla legge, ma anche, ...»

sia iscritta a ruolo e “scaduta”, *id est* che risulti da un titolo esecutivo e che per essa sia decorso il termine per il pagamento²¹.

dalla norma primaria e fondamentale del *neminem laedere*», sicché «la discrezionalità trova un limite nel dovere dell'amministrazione di osservare le norme elementari di diligenza e di prudenza». C.A. Molinari, *Il fermo amministrativo*, cit., p. 588. In termini v. anche L. Montel, *Fermo amministrativo (voce)*, cit., p. 302. L'interpretazione meno rigorosa della locuzione «ragione creditoria» è stata nel tempo superata grazie anche all'intervento della giurisprudenza, la quale ha progressivamente definito i confini dell'istituto, assoggettando i relativi provvedimenti a uno scrutinio particolarmente attento in merito alle condizioni di esercizio. Segnatamente in ordine ai caratteri della posizione creditoria si è consolidato l'orientamento secondo il quale ai fini dell'adozione, pur non essendo necessaria «la provata esistenza del credito stesso», occorre che essa sia ragionevole e che il credito non sia manifestamente infondato. Così Cons. Stato, sez. IV, 27 febbraio 1998, n. 350, in *Foro amm.*, 1998, pp. 379 ss. V. anche Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2004, n. 8417, in *Foro Amm. CDS*, 2004, p. 1309; Id., 8 aprile 2002, n. 11962, in banca dati *www.leggiditalia.it*; Id., 14 gennaio 1999, n. 23, in *Foro amm.*, 1999, pp. 40 ss.; Cass., SS.UU., 16 giugno 1984, n. 3611, in *Giur. civ.*, 1984, pp. 2766 ss.; Cass., 19 gennaio 1979, n. 39, in *Giust. civ.*, 1979, pp. 600 ss. Occorre segnalare che nella sentenza 13 luglio 2012, n. 11962 i Giudici di legittimità ritengono che l'espressione ragione di credito includa anche quelle situazioni in cui l'atto impositivo, oggetto di contestazione, venga provvisoriamente annullato, in quanto in tali casi non si travalicherebbero i limiti di uno strumento necessario alla protezione del pubblico interesse connesso alle esigenze finanziarie dello Stato. In termini v. Cass., 5 marzo 2004, n. 4567 (in banca dati *www.leggiditalia.it*) nonché da ultimo Cass., 12 febbraio 2019, n. 4038 (in banca dati *www.leggiditalia.it*), laddove i Massimi Giudici, in maniera assai singolare, riqualificano come fermo *ex art. 69* un provvedimento di sospensione emesso dall'ufficio ai sensi dell'art. 38 *bis* del d.p.r. n. 633/72 ed in tal modo ammettono che la sospensione possa persistere anche nel caso in cui l'atto impositivo o della riscossione (nel caso la cartella di pagamento) sia stato annullato con sentenza non ancora passata in giudicato. In dottrina critica questo orientamento e specie la citata sentenza di Cassazione n. 11962/2012 G. Ingrao, *La tutela della riscossione dei crediti tributari*, cit., p. 159, secondo il quale si tratterebbe di «una conclusione eccessivamente protesa a valorizzare la tutela dell'interesse fiscale, rispetto alla tutela dei diritti patrimoniali del contribuente». Per l'A. la sentenza di accoglimento, pur non essendo definitiva, «non può essere considerata *tamquam non esset* al fine dell'esercizio del potere cautelare dell'Amministrazione», sicché il fermo non può essere disposto, ovvero se già adottato va revocato. In giurisprudenza in tal senso v. Cass., 22 settembre 2006, n. 20526 (in banca dati *www.leggiditalia.it*), ove si afferma che il fermo amministrativo previsto dall'art. 69 «costituendo espressione dei poteri sovraordinati che la legge riconosce alla P.A. nella fase amministrativa dell'accertamento e della riscossione dei propri crediti, non può estendere i propri effetti all'ambito processuale, in pregiudizio della situazione patrimoniale della controparte, qualora la pretesa a garanzia della quale è stato disposto sia stata disattesa dal giudice, anche in via non definitiva, contrastando tale efficacia con il principio della "parità delle armi" sancito dall'art. 111 Cost. Esso, pertanto, ove sia stato disposto a tutela di un credito tributario, diviene illegittimo a seguito della sentenza che, accogliendo il ricorso proposto dal contribuente, annulla l'atto impositivo: tale sentenza, infatti, fa venir meno, indipendentemente dal suo passaggio in giudicato, il titolo sul quale si fonda la pretesa tributaria, privandola del supporto dell'atto amministrativo che la legittima, ed escludendo quindi che essa possa formare ulteriormente oggetto di alcuna forma di riscossione provvisoria».

²¹ In caso di somme recate dagli avvisi di accentramento immediatamente esecutivi si ritiene che l'inadempimento non si perfezioni decorso il termine per il pagamento ma con

A ben guardare è proprio nell'ulteriore condizione dell'inadempimento del "contribuente", piuttosto che nell'iscrizione a ruolo / esecutività del credito, che risiede la peculiarità della misura "speciale" e, conseguentemente, la maggiore differenza sul piano dei presupposti²²; invero anche il credito iscritto a ruolo, sebbene liquido ed esigibile, potrebbe non essere definitivo *rectius* certo²³.

Sostanzialmente analoga è invece la posizione del destinatario delle misure, il quale in entrambi i casi è titolare di un credito certo, liquido ed esigibile²⁴;

l'affidamento in carico delle somme all'agente della riscossione. La misura in esame sembra possa essere adottata solo a partire da quest'ultimo momento, sebbene il contribuente decorso inutilmente il termine per la proposizione del ricorso sia "inadempiente". Sul punto sia consentito rinviare a M.G. Ortoleva, *Considerazioni preliminari alla sospensione dei pagamenti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 320-322.

²² Sembra essere l'inadempimento a giustificare anche l'"automatismo" della misura, la quale non è rimessa all'iniziativa della singola amministrazione ma opera "automaticamente" imponendo alle p.a. di procedere alla verifica prima di effettuare qualsivoglia pagamento.

²³ La disposizione si applica invero anche alle iscrizioni a ruolo a titolo provvisorio. Sul ruolo quale strumento di esazione che «consente di astrarre la pretesa in esso riportata rispetto al titolo sottostante che la fonda» v. A. Carinci, *La riscossione a mezzo ruolo nell'attuazione del tributo*, Pisa 2008, pp. 27 ss.

²⁴ Con riferimento alla "natura" del credito passibile di fermo amministrativo può dirsi ormai prevalente in giurisprudenza l'orientamento secondo il quale detto istituto può applicarsi anche per sospendere il rimborso di crediti d'imposta e in particolare quello dell'IVA a credito. Invero, la giurisprudenza di legittimità più recente ritiene che la previsione di specifiche garanzie per l'Erario connesse ai rimborsi Iva non si opponga al fermo «in quanto si tratta di garanzie aventi funzioni diverse: quella apprestata dal citato articolo 38 bis garantisce per l'ipotesi che il credito al rimborso sia insussistente, mentre quella prevista dal citato art. 69, garantisce la possibilità di operare la compensazione con i controcrediti dell'amministrazione». Così, Cass., Sez. V, 5 maggio 2011, n. 9853, in *il fisco*, 2011, n. 21, p. 3347, con nota di M. Denaro, *Fermo dei rimborsi e garanzia Iva*; v. anche Cass., 5 marzo 2004, n. 4567, cit., p. 2492; Id., 13 luglio 2012, n. 11962, in *il fisco*, 36 (2012), pp. 5826 ss., con nota di A. Borgoglio; Id., 12 febbraio 2019, n. 4038, in banca dati *www.leggiditalia.it*. Non mancano però sentenze di segno contrario nelle quali si afferma che «l'art. 38-bis d.p.r. 633/1972 – prevedendo, accanto alla sospensione dell'esecuzione dei rimborsi in presenza di contestazioni penali, un articolato sistema di garanzie teso a tutelare l'interesse dell'Erario all'eventuale recupero di quanto dovesse risultare indebitamente percepito dal contribuente – introduce una specifica garanzia a favore dell'amministrazione e preclude, pertanto, l'applicazione a detti rimborsi dell'istituto del fermo amministrativo, previsto dall'art. 69 r.d. 2440/1923». Così Cass., 26 giugno 2013, n. 10199, in *Boll. trib.*, pp. 1344 ss.; in termini, fra le altre, Cass., ordinanza 1 luglio 2009, n. 15424, in *il fisco*, 29 (2009), p. 4797 con nota di P. Turis, *Esclusa l'applicazione del fermo amministrativo nell'ipotesi di istanza di rimborso Iva*; Id., 26 aprile 2004, n. 7952, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2004, p. 1033, con nota di A. Grassotti, *La specialità della norma sui rimborsi Iva esclude l'applicabilità del fermo amministrativo*. In dottrina dubita dell'applicabilità del fermo ai rimborsi IVA M. Basilavecchia, *Il fermo amministrativo nei procedimenti tributari*, in *Rass. trib.*, 1995, p. 251, il quale osserva che «le "somme dovute" sulle quali il fermo dovrebbe operare non sono in realtà somme in disponibilità dell'Erario da trasferire al contribuente ma sono somme già in qualche modo riservate al contribuente stesso, che ha titolo ad acquisirle, con una priorità

sicché il blocco, al pari del fermo amministrativo generale, sembra suscettibile di importare un affievolimento dei diritti di credito dei privati ad opera della stessa amministrazione (la quale è parte del rapporto). Anche questo istituto pertanto dovrebbe essere considerato, già solo per tale motivo, uno strumento di carattere eccezionale.

Sul piano procedurale poi le due misure presentano delle indubbie differenze. Nella fattispecie di cui all'art. 69 è rimessa alle singole amministrazioni creditrici la decisione se emettere il provvedimento di richiesta di fermo, il quale assume la forma della lettera-circolare diretta ad altra amministrazione dello Stato²⁵; e il successivo «provvedimento (deliberazione) dell'Amministrazione debitrice del terzo», con il quale si «blocca il credito a quest'ultimo dovuto», non è che la conseguenza necessitata del primo²⁶.

rispetto allo Stato stesso positivamente stabilita». In termini v. C. Buccico, *op. cit.*, pp. 15-16, secondo la quale l'ottavo comma dell'art. 38 *bis* restringerebbe l'ambito di applicazione dell'art. 69; sicché ai rimborsi Iva non sarebbe applicabile l'istituto del fermo amministrativo ex art. 69, sia perché per essi è previsto «un sistema di garanzie che assolve specificatamente la funzione di tutela dell'interesse dell'Erario all'eventuale recupero di quanto dovesse risultare indebitamente percepito dal contribuente», sia perché «l'art. 38-bis contempla espressamente un'ipotesi di sospensione dei rimborsi in presenza di contestazioni penali». Di diverso avviso è invece G. Ingraio, *La tutela della riscossione dei crediti tributari*, cit., p. 146, il quale, «pur tenendo a mente le peculiarità del sistema di funzionamento dell'Iva», ritiene «corretta la tesi che consente di sospendere l'erogazione del rimborso applicando l'art. 69», in quanto le «garanzie prestate per ottenere l'erogazione del rimborso Iva tutelano l'erario in relazione al rischio che il credito Iva risulti inesistente. Non vi è quindi una duplicazione di strumenti che perseguono la medesima finalità, e ciò a parte il fatto che l'art. 38-bis in molti casi esclude l'obbligo di prestazione delle garanzie in sede di presentazione dell'istanza di rimborso». Ritiene invece che il fermo amministrativo generale non possa essere affatto adottato in materia tributaria A.E. Granelli, *Il fermo amministrativo in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, I (1985), p. 899. Secondo l'A. detto istituto sarebbe in specie «vetusto» e inapplicabile alla materia tributaria sia nel caso in cui sorga una controversia fiscale di rimborso, in quanto si traduce in una lite sull'esistenza del credito, sia nell'ipotesi di identità tra amministrazione creditrice e debitrice, perché altrimenti dovrebbe darsi «la pirandelliana vicenda per cui l'Amministrazione finanziaria dovrebbe richiedere a se medesima quello stesso provvedimento, che le competerebbe poi di emettere».

²⁵ Cfr. L. Montel, *Fermo amministrativo (voce)*, cit., p. 302, la quale rinvia ad una circolare del Ministero del Tesoro del 1959.

²⁶ Cfr. R. Viggiano, *Il cosiddetto "fermo amministrativo"*, cit., p. 50, secondo il quale il «potere discrezionale difetta nell'Amministrazione debitrice a cui viene richiesta l'esecuzione del fermo, la quale è tenuta a deliberare la sospensione del pagamento sino a quando non vi sarà il provvedimento conclusivo, vale a dire uno degli strumenti giuridici che pone fine al fermo». Da ciò secondo l'A. consegue che, «essendo l'Amministrazione a cui venga richiesto il fermo strettamente vincolata nella sua azione, nei confronti del provvedimento col quale venga data esecuzione ad un ordine di fermo, non è configurabile il vizio di eccesso di potere», in quanto atto vincolato (*rectius* dovuto). Ritiene che l'amministrazione «in nome della stessa discrezionalità» non possa «sottrarsi alla richiesta di un'altra amministrazione intesa all'accertamento di un suo debito o credito verso un privato» C.A. Molinari, *Il fermo amministrativo*, cit., p. 588. Secondo l'A. la disposizione ex art. 69 «appare tassativa»; con la

Nell'ipotesi del blocco *ex art. 48 bis* ad avviare il procedimento (che può condurre alla sospensione del pagamento) sono invece le amministrazioni pubbliche debentrici, le quali – è bene ribadirlo – sono tenute a farlo prima di ogni “pagamento” di importo superiore a cinquemila euro, e l'eventuale provvedimento di sospensione è l'esito “obbligato” della comunicazione da parte dell'agente della morosità del creditore della p.a. In base alle norme del regolamento esse devono inoltrare all'agente della riscossione la richiesta di accertare se il suo creditore sia inadempiente e, solo qualora l'agente comunichi che il beneficiario del pagamento sia “moroso”, l'iniziale istanza dell'amministrazione integra anche la segnalazione «all'agente della riscossione competente per territorio» prevista dal comma 1 dell'art. 48-*bis* e il soggetto pubblico non procede al pagamento.

Al di là delle evidenziate differenze sembra dunque che in entrambe le fattispecie il “divieto” di pagamento sia l'esito del provvedimento adottato dall'amministrazione creditrice ovvero, nell'ipotesi del blocco *ex art. 48 bis*, per essa dall'agente della riscossione.

A tal proposito occorre aggiungere che in quest'ultimo caso ai sensi dell'art. 3, co. 4, del d.m. 40/2008 la sospensione opera «fino alla concorrenza dell'ammontare del debito comunicato» e «per i sessanta giorni successivi a quello della comunicazione». Dal tenore letterale del dato normativo di fonte primaria e secondaria risulta dunque che è la comunicazione di accertato inadempimento adottata dall'agente l'atto chiamato a produrre l'effetto inibitorio e che determina sia il *quantum* sia il momento a decorrere dal quale perdura siffatto divieto²⁷.

Questo atto è invero adottato all'esito di una procedura istruttoria la quale, sebbene svolta dall'agente della riscossione esclusivamente sulla base dei dati in suo possesso, mira ad accertare la realtà fenomenica e a darle una qualificazione giuridica. L'incaricato della riscossione, ricevuta la richiesta *ex*

conseguenza che, quando «un'amministrazione creditrice di un terzo stabilisce la sospensione dei pagamenti al medesimo, le altre amministrazioni sarebbero tenute ad eseguirla al momento stesso del ricevimento della comunicazione del provvedimento». Ciò non toglie che il provvedimento di sospensione dell'amministrazione debitrice vada motivato e comunicato al terzo creditore «per metterlo in condizione di tutelare i propri interessi». Così R. Viggiano, *Il cosiddetto “fermo amministrativo”*, cit., p. 49.

²⁷ Cfr. art. 3, co. 3, del d.m. 18 gennaio 2008, n. 40, ai sensi del quale l'agente della riscossione, qualora accerti l'inadempienza del beneficiario del pagamento, in siffatta comunicazione deve indicare l'ammontare del debito “scaduto” del beneficiario e preannunciare «l'intenzione dell'agente della riscossione competente per territorio di procedere alla notifica dell'ordine di versamento di cui all'articolo 72 *bis* del decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973». Su quest'ultimo profilo si rinvia a quanto si dirà *infra*.

art. 48 *bis*, pur non potendo effettuare alcuna valutazione sull'opportunità o necessità di adottare il provvedimento, non si limita a riprodurre nella comunicazione quanto risulta dai sistemi informatici²⁸ ma compie un apprezzamento di questi dati diretto a qualificare la situazione del beneficiario in termini di regolarità o inadempimento (rispetto all'obbligo di versamento di somme iscritte a ruolo) e a «fare certezza legale»²⁹, vincolando i soggetti dell'ordinamento (*in primis* l'amministrazione richiedente) a riconoscere alla realtà sottostante la rilevanza attribuitale. Si è pertanto in presenza, come rilevato peraltro dalla giurisprudenza³⁰, di una «potestà certificativa», la quale si estrinseca in un atto che, inibendo il pagamento, incide direttamente sulla sfera giuridica del creditore della p.a. e ha natura provvedimentale³¹.

Tornando al rapporto fra il fermo amministrativo generale e il blocco dei pagamenti, in ragione dell'analisi sin qui svolta è indubbio che detti istituti

²⁸ Se così fosse l'atto sarebbe qualificabile come "certificazione" in senso stretto e farebbe piena prova fino a querela di falso di quanto in essa affermato ex art. 2700 c.c.. Così G. Sala, *Certificati e attestati (voce)*, in *Digesto pubbl.*, vol. II, Torino 1987, pp. 536 ss., spec. p. 540. Sul punto v. A. Stoppani, *Certificazione (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano 1960, pp. 793 ss., spec. p. 796, secondo il quale tra gli atti di certezza pubblica occorre distinguere «quegli atti che hanno la funzione di qualificare direttamente cose o persone, introducendole nel mondo giuridico» (c.d. «certazioni») dalle certificazioni che riproducono «un dato che giuridicamente già è stato qualificato da un altro atto giuridico». In termini M.S. Giannini, *Certezza pubblica (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano 1960, p. 769.

²⁹ Così G. Sala, voce *Certificati e attestati*, cit., p. 536, secondo il quale «il potere di certificare, di certum facere: fare certezza legale su determinati fatti, stati, qualità e situazioni, costituisce, ..., una delle fondamentali manifestazioni del potere sovrano». Sul tema v. anche A. Spallanzani, *Certificati (voce)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. II, Torino 1938, p. 58.

³⁰ Cfr. T.a.r. Lazio, 27 luglio 2013, n. 7523, in banca dati www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma che quella disciplinata ex art. 48 *bis* del d.P.R. 602/1973 ed ex art. 2, co. 2, del d.m. n. 40/2008 è una «una potestà certificativa dell' "inadempimento"» e che «all'esito delle richieste ex art. 48 *bis* del d.P.R. 602/1973, opera un atto di natura provvedimentale di comunicazione delle risultanze di indagine all'amministrazione richiedente (art. 2, comma 2, del d.m. n. 40/2008) volto all'accertamento "qualificativo" delle inadempienze di natura tributaria ed extra tributaria, e ciò a prescindere dall'accertamento delle specifiche posizioni di diritto soggettivo siano esse di natura tributaria e non». In termini Consiglio di Stato, 15 settembre 2014, n. 4694, in banca dati www.giustizia-amministrativa.it.

³¹ Sembra ritenere che la comunicazione dell'agente della riscossione abbia natura provvedimentale anche B. Denora, *Il blocco dei pagamenti delle Amministrazioni pubbliche*, cit., p. 260, secondo la quale il riscontro positivo dell'agente – ancorché endoprocedimentale e reso all'interno di una procedura senza margini di discrezionalità e configurabile come "abilitazione" o comunque atto con funzione permissiva – avrebbe rilevanza esterna e, protraendo l'effetto sospensivo, comporterebbe l'immediata e diretta lesività della sfera giuridico-patrimoniale del beneficiario del pagamento. Sui caratteri del provvedimento amministrativo v. per tutti R. Villata-M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2006, *passim*; B.G. Mattarella, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli 2006, p. 303.

presentino caratteri comuni: sono entrambi provvedimenti “autoritativi”, provvisori e di natura “eccezionale”; ambedue sono poi senza dubbio fenomeni pubblicistici³², che incidono direttamente sulla fase finale del procedimento di liquidazione della spesa e sono atti a paralizzare l’obbligo di pagamento di somme a qualunque titolo dovute dalle amministrazioni³³.

Queste affinità non sembrano però sufficienti ad asserire che il rapporto fra le due misure sia di *genus a species*.

I due istituti hanno infatti ambiti di applicazione tendenzialmente distinti e, mentre il fermo è finalizzato alla compensazione delle reciproche posizioni creditorie/debitorie, il blocco è funzionale all’esecuzione. Quest’ultimo non può pertanto considerarsi una declinazione del fermo, né può averne ridotto il perimetro di applicazione³⁴. A produrre siffatto effetto sembrano piuttosto essere le trasformazioni dell’organizzazione amministrativa (si pensi ai processi di privatizzazione) e il conseguente cambiamento dello statuto giuridico degli enti da esse interessati³⁵. In particolare, in campo tributario con

³² L’espressione è usata da B.G. Mattarella, *op. cit.*, p. 1062, con riferimento al fermo amministrativo generale

³³ L’art. 69 è invero collocato fra le norme di contabilità pubblica. La disposizione di cui all’art. 48 *bis*, ponendo un onere di verifica prima dell’effettuazione di qualsiasi pagamento di importo superiore a cinquemila euro, dal punto di vista giuscontabile si innesta chiaramente nell’ambito del procedimento di spesa (il quale secondo le disposizioni di contabilità pubblica inizia con la registrazione dell’impegno, effettuata dagli uffici di ragioneria ricevuta la comunicazione dell’atto dal quale deriva l’obbligo di pagare una somma, e si chiude con il pagamento dell’importo “impegnato”) condizionandone la “normale” conclusione. Giova peraltro segnalare che per le spese derivanti da contratti di somministrazione, fornitura e appalto, la verifica di cui all’art. 48 *bis* opera in un momento antecedente alla fase del pagamento, dovendo essere effettuata o, qualora il creditore ne faccia richiesta, anteriormente al rilascio della certificazione dei crediti di importo superiore a cinquemila euro (*ex art. 9, commi 3 bis e 3 ter, del D.L. n. 185/2008*) o in ogni caso all’atto della ricognizione dei debiti “commerciali” (ricognizione che, equivale alla certificazione del credito, e deve essere eseguita dalle amministrazioni pubbliche entro il 30 aprile di ciascun anno *ex art. 7, co. 6, D.L. n. 35/2013*). Sulla funzione e sugli effetti di questa verifica della situazione debitoria del creditore della p.a. sia consentito rinviare a M.G. Ortoleva, *Considerazioni preliminari alla sospensione dei pagamenti della pubblica amministrazione*, cit., p. 304, nota 32.

³⁴ Nel senso che la misura dell’art. 69 conservi, in ambito tributario, i caratteri della misura residuale applicabile ove non esista altra specifica misura v. C. Buccico, *Misure cautelari a tutela del credito erariale*, cit., p. 23; F. Pistolesi, *Necessità di un assetto uniforme tra atti di blocco dei rimborsi e fermo amministrativo*, in *Corr. trib.*, 33 (2011), pp. 2686 ss.; C. Veresano - R. Lupi - D. Stevanato - G. Ingrao, *Sospensione dei rimborsi Iva, «carichi pendenti» compensazione e tutela giurisdizionale*, in *Dial. trib.*, 5 (2009), p. 548.

³⁵ In termini v. B.G. Mattarella, *op. cit.*, p. 1062, secondo il quale i processi di trasformazione, privatizzazione ed esternalizzazione dell’amministrazione, quale ad esempio la trasformazione dell’Aima in Agea, comportano il «distacco dal più pubblico tra gli enti pubblici, cioè dallo Stato» e, quindi, «l’abbandono di norme, come quella sul fermo, applicabili solo alle sue articolazioni».

la disposizione di cui all'art. 48 *bis* si è introdotta una fattispecie di sospensione dei rimborsi ulteriore rispetto non solo quelle "speciali" previste dall'art. 28 *ter* del medesimo decreto³⁶ e dall'art. 23 del d.lgs. n. 472/97³⁷, ma anche a quella "generale" del fermo amministrativo ex art. 69, co. 6, citato, fermo restando che quest'ultimo al pari del blocco è atto a impedire il pagamento di somme a qualunque titolo dovute da una p.a.

In forza della comune finalità si tratta semmai di verificare se entrambi appartengano al medesimo *genus* delle misure cautelari della p.a. al quale è pressoché pacificamente ascritto il fermo³⁸.

³⁶ In tal senso v. anche A. Guidara, *Indisponibilità del tributo ed accordi in fase di riscossione*, cit., pp. 223-225. Sul punto v. inoltre M. Basilavecchia, *Soggetti passivi e riscossione coattiva*, cit., pp. 3396-3397, secondo il quale l'art. 48 *bis* sarebbe «senz'altro collegato» al coevo art. 28-*ter* dello stesso Decreto (introdotto peraltro dall'art. 2, co. 2, del medesimo D.L. n. 262/2006), istituito che «riguarda il caso specifico del beneficiario (o meglio, aspirante tale) di un rimborso d'imposta da parte dell'Agenzia delle Entrate, il quale risulti contestualmente iscritto a ruolo». In quest'ultima ipotesi, prosegue l'A., ove il contribuente rifiuti la c.d. «compensazione volontaria», è «difficile immaginare che...*omissis*... l'Agenzia dia corso al rimborso, anche perché, una volta fallita la compensazione volontaria, sembrano sussistere tutti i presupposti per l'adozione di un provvedimento di fermo amministrativo, di cui all'art. 69 citato: infatti, nonostante il credito iscritto a ruolo sia gestito dall'agente di riscossione, la titolarità del credito va riconosciuta all'Agenzia delle Entrate, che, ..., sembra poter essere senz'altro considerata "amministrazione dello Stato". Il rimborso avrà pertanto corso solo se la somma iscritta a ruolo sia stata effettivamente corrisposta all'agente della riscossione».

³⁷ In ambito tributario, oltre al fermo amministrativo generale, una specifica fattispecie di sospensione dei rimborsi d'imposta era (ed è), prevista dall'art. 23 del d.p.r. n. 472/97 a garanzia dei soli crediti per sanzioni ed in funzione della successiva compensazione delle reciproche posizioni creditorie. In considerazione di tale circoscritto ambito operativo la dottrina ha ritenuto, fin dall'introduzione, che questa misura costituisse una specificazione del fermo amministrativo generale con il quale sembra condividere «la *ratio* cautelare finalizzata all'unilaterale salvaguardia delle ragioni creditorie di parte pubblica, mediante l'uso di poteri d'autorità». In tal senso v. S.M. Messina, *La compensazione nel diritto tributario*, Milano 2006, pp. 85 ss.; v. anche M. Basilavecchia, *Funzione impositiva e forme di tutela*, Torino 2009, p. 292. Sull'art. 23 del d.lgs. n. 472/1997 v. L. Del Federico, *Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie*, in M. Miccinesi (a cura di), *Commentario agli interventi di riforma tributaria*, Padova 1999, pp. 1127 ss.; M. Basilavecchia, *Il procedimento di irrogazione: profili generali*, in G. Tabet (a cura di), *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, Torino 2000, p. 157; Id., *Commento all'art. 23 d.lgs. 472/1997*, in C. Consolo - C. Glendi (a cura di), *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Padova 2012, pp. 1251 ss.; M. Trivellin, *Commento all'art. 23*, in F. Moschetti - L. Tosi (a cura di), *Commentario alle disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria*, Padova 2000, pp. 725 ss.; A. Guidara, *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*, cit., pp. 209 ss.; G. Boletto, *Commento all'art. 23 D.Lgs. n. 472/1997*, in G. Falsitta - A. Fantozzi - G. Marongiu - F. Moschetti (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie. Accertamento e sanzioni*, Padova 2011, pp. 796 ss.

³⁸ La dottrina prevalente e la giurisprudenza pressoché unanime riconoscono al fermo ex art. 69 citato natura cautelare. In tal senso v. S. Cassese, *Il fermo amministrativo: un privilegio*

della pubblica amministrazione, cit., pp. 331 ss. Secondo il chiaro A. si tratterebbe di una misura cautelare che «non sostituisce il pignoramento o il sequestro ad opera della pubblica amministrazione creditrice di terzi» e che si connoterebbe per tre caratteristiche diverse: la prima consisterebbe nella sua «connessione con la compensazione regolata dall'art. 1423 c.c.»; la seconda «riguarda la norma che lo regola, l'art. 69 del decreto del 1923», il quale «contiene una disposizione interorganica della specie organizzativa, con effetti intersoggettivi»; la terza sarebbe costituita dal carattere provvisorio del provvedimento. Segnatamente è proprio in ragione della connessione con la compensazione che il chiaro A. ritiene possibile «sbarazzarsi della diffusa opinione ... secondo la quale il fermo si collega alla supremazia dell'amministrazione statale; invece, non è in una posizione istituzionale di maggior potere propria dell'organizzazione pubblica pertinente allo Stato, ma nella ragione funzionale della impossibilità di potere compensare debiti che appartengono a persone diverse – con casse diverse – che va fatta risalire l'applicazione del fermo solo all'amministrazione statale». In forza di tali argomentazioni l'A. esclude che la misura sia riconducibile alla specie dell'autotutela dell'amministrazione» e sostiene che fermo costituisce «piuttosto, soltanto, una forma di privilegio dell'amministrazione». In termini C.A. Molinari, *Il fermo amministrativo*, cit., pp. 585 ss.; R. Roffi, *Osservazioni sul c.d. «fermo amministrativo»*, cit., p. 137; F. Garri, *Fermo amministrativo (voce)*, cit.; L. Montel, *Fermo amministrativo (voce)*, cit., pp. 299 ss. Riconosce del pari natura cautelare all'istituto M. Basilavecchia, *Il riparto di giurisdizione tra commissioni tributarie e giudice amministrativo*, in *Boll. trib.*, 11 (1990), p. 805; Id., *Il fermo amministrativo nei procedimenti tributari*, cit., il quale ritiene che si tratti misura cautelare in funzione di garanzia patrimoniale, da assimilare al sequestro conservativo ma, con finalità anticipatorie, della estinzione di reciproche obbligazioni mediante compensazione. In termini v. anche C. Buccico, *Misure cautelari a tutela del credito erariale*, cit., p. 8; M. Trivellin, *Commento sub art. 23*, cit., p. 735; M.V. Serranò, *Il c.d. fermo amministrativo ex art. 69 R.D. n. 2440 del 1923*, cit., pp. 1237 ss., spec. p. 1241, secondo la quale la misura avrebbe una funzione cautelare di «garanzia», anche se non strumentale alla compensazione delle reciproche posizioni debitorie e creditorie delle amministrazioni statali. In giurisprudenza nel senso della natura cautelare dell'istituto v. da ultimo Cass., 12 febbraio 2019, n. 4038, in banca dati www.leggiditalia.it, ove ulteriori riferimenti ai precedenti della Corte. In tale sentenza, in specie, si ribadisce il costante orientamento secondo il quale il «provvedimento di fermo amministrativo, disciplinato dal cit. art. 69, costituisce una misura cautelare, espressione del potere di autotutela della Pubblica Amministrazione», per la cui adozione è necessario «solo il *fumus boni iuris* della ragione di credito vantata, restando estranea alla sua natura ed alla sua funzione qualsiasi considerazione di un eventuale *periculum in mora*, senza che detta disciplina ponga dubbi di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost». In dottrina escludono, invece, la natura cautelare R. Viggiano, *Il cosiddetto “fermo amministrativo”*, cit., p. 44 e R. Perfetti, *Fermo amministrativo e posizione dell'amministrazione debitrice. L'art. 69, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, come norma derogatoria o diritto potestativo civilistico*, cit., p. 3153. Segnatamente il primo sostiene che sarebbe più corretto assimilare il fermo ad un istituto di diritto sostanziale come il diritto di ritenzione espressione dell'autotutela di diritto privato. L'A. giunge a tale conclusione innanzitutto in ragione del fatto che il fermo «alla stessa stregua del diritto di ritenzione, costituisce uno strumento di autotutela e di istituto volto a realizzare una garanzia reale», è posto a tutela di «crediti non ancora liquidi» ed è «finalizzato, mediante la trattenuta, ad indurre il debitore al pagamento» p. 44. Il secondo ritiene invece il fermo sia un diritto avente natura privatistica, posto a vantaggio dell'amministrazione direttamente dalla legge. Fra la dottrina più recente v. G. Ingrao, *La tutela della riscossione dei crediti tributari*, cit., pp. 152-153, secondo il quale la misura avrebbe natura «in parte cautelare ed in parte esecutiva, cioè finalizzato a consentire la futura compensazione fra debiti e crediti dello

2. Gli orientamenti della dottrina sulla natura e sulla funzione del blocco dei pagamenti.

La dottrina che si è occupata dell'istituto è giunta a riguardo, come sovente accade, a risultati non del tutto univoci.

Secondo un primo orientamento questa misura avrebbe la medesima matrice del fermo amministrativo dei pagamenti regolato dal citato art. 69, del quale costituirebbe una «forma speciale ed ampliata» dal punto di vista sia dei soggetti che assumono l'iniziativa sia dell'oggetto della misura³⁹; essa tuttavia, stante la «diversità soggettiva tra l'amministrazione creditrice e quella debitrice», sarebbe funzionale, non alla «compensazione (che è l'effetto finale del fermo amministrativo di cui all'art. 69) tra le somme dovute rispettivamente in favore e a carico del soggetto iscritto a ruolo», ma, ove non sia servita a stimolare l'adempimento, al «pignoramento presso terzo, effettuato nella forma abbreviata di cui all'art. 72 bis del D.P.R. n. 602/1973»⁴⁰.

A differenti conclusioni giunge altra dottrina secondo la quale la sospensione *ex art. 48 bis*, pur essendo riconducibile alle misure cautelari che «operano nella fase della riscossione e più esattamente che precedono l'esecuzione forzata (dove la collocazione nella fase non esecutiva della riscossione)», sarebbe «decisamente diversa» dalle «sospensioni dei pagamenti ... comunemente note come fermi amministrativi» (*id est* da quelle previste dal citato art. 69 e dall'art. 23 del d.lgs. n. 472/1997), giacché «è obbligatoria;

stesso soggetto». In specie, per l'A. il fermo non sarebbe «una misura tipicamente cautelare» in quanto per un verso «la norma non fa riferimento al c.d. *periculum in mora*», per l'altro «è del tutto escluso nel caso di specie» il collegamento della misura ad un giudizio di merito sulla pretesa.

³⁹ Cfr. M. Basilavecchia, *Soggetti passivi e riscossione coattiva*, cit., pp. 3396-3397, secondo il quale il blocco sarebbe «speciale, perché statuisce un obbligo di tutte le amministrazioni pubbliche, e delle stesse società a capitale pubblico prevalente, di verificare, anteriormente al pagamento di somme eccedenti l'importo minimo rilevante, di effettuare una sorta di verifica circa l'esistenza di ragioni di credito per somme iscritte a ruolo nei confronti del destinatario del pagamento»; l'ambito di operatività del fermo sarebbe poi ampliato «perché mentre l'art. 69 coinvolge solo debiti e crediti di amministrazioni statali, l'art. 48 *bis* coinvolge nella garanzia delle ragioni degli agenti della riscossione anche soggetti pubblici diversi dallo Stato (tutte le amministrazioni pubbliche come tali definite dal D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165), purché debitori nei confronti dei soggetti iscritti a ruolo».

⁴⁰ Così M. Basilavecchia, *Il blocco dei pagamenti della Pubblica amministrazione*, in *Corr. trib.*, 33 (2008), p. 2659. Nello stesso senso B. Denora, *Il blocco dei pagamenti delle Amministrazioni pubbliche*, cit., p. 262, per la quale il regolamento attuativo attribuirebbe a tale istituto sotto il profilo funzionale un ruolo strumentale al coevo istituto del pignoramento presso terzi disciplinato dal citato art. 72 *bis*.

avviene su iniziativa dell'ente debitore; implica un rapporto trilatero, che coinvolge amministrazioni diverse; è finalizzata al pignoramento presso terzi, segnatamente presso l'ente che informa l'agente della riscossione, secondo la disciplina recata dall'art. 72 bis D.P.R. 602/73». Secondo tale tesi essa sarebbe piuttosto «un complemento della compensazione ex art. 28 *ter* D.P.R. 602/73»⁴¹.

Non manca, poi, chi esclude che il blocco dei pagamenti sia un provvedimento cautelare e ritiene che allo stesso possa ascriversi natura di «misura conservativa», vuoi perché ha «la funzione di accantonare le somme necessarie al soddisfacimento della pretesa erariale, in vista dell'esecuzione forzata»⁴², vuoi perché non è volto «a garantire l'effettiva fruttuosità di un eventuale giudizio di merito circa la sussistenza del credito erariale»⁴³. Secondo quest'ultima tesi andrebbero qualificate, infatti, come conservative «tutte le misure che, pur avendo finalità *lato sensu* cautelare, non sono caratterizzate dalla strumentalità rispetto al processo di cognizione, da intendersi come collegamento anche potenziale ad un successivo provvedimento definitivo»⁴⁴.

⁴¹ In tal senso A. Guidara, *Indisponibilità del tributo ed accordi in fase di riscossione*, cit., pp. 223-225. Sotto quest'ultimo profilo l'A. osserva anzitutto che il blocco dei pagamenti riguarda fattispecie diverse da quelle disciplinate dal citato art. 28 *ter*, il quale si riferisce «essenzialmente ad entrate di pertinenza dell'agenzia dell'entrate (ma anche delle altre agenzie fiscali ove stipulino apposita convenzione con l'agenzia delle entrate)» ed inoltre che «l'esito negativo» di quest'ultima procedura «o induce l'amministrazione a disporre *ex se* la compensazione ... ovvero sfocia nel pignoramento da parte dell'agente della riscossione della provvista messa a disposizione dall'agenzia delle entrate».

⁴² Così G. Marini, *Blocco dei crediti, ordine di pagamento al fisco ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 540. V. anche G. Boletto, *Il ruolo di riscossione nella dinamica del prelievo delle entrate pubbliche*, cit., p. 192, secondo la quale l'art. 48 *bis* sarebbe da collocarsi tra le misure dirette a realizzare un celere e sicuro recupero delle somme iscritte a ruolo, piuttosto che tra quelle di natura cautelare.

⁴³ M. Antonini - B. Bagnoli, *Effetti della sospensione automatica dell'esecutività di atti «impoesattivi» e blocco dei pagamenti delle P.A.*, cit., pp. 4002 ss., i quali a riguardo fanno valere che la «sospensione del pagamento da parte dell'Amministrazione pubblica è del tutto svincolata dall'accertamento della fondatezza della pretesa fiscale (o previdenziale) e non può essere «privata di efficacia» nel caso in cui la notizia circa l'esito favorevole al contribuente dell'eventuale giudizio relativo alla pretesa erariale da lui instaurato giunga dopo la conclusione della procedura esecutiva di cui all'art. 72bis».

⁴⁴ M. Antonini - B. Bagnoli, *Effetti della sospensione automatica dell'esecutività di atti «impoesattivi» e blocco dei pagamenti delle P.A.*, cit., p. 4003. Gli A. ritengono in specie che l'istituto in esame, essendo diretto «ad assicurare l'esito favorevole dell'azione esecutiva del credito erariale... posta in essere attraverso il ricorso ad una procedura più snella rispetto all'ordinario procedimento di pignoramento di crediti presso terzi», non possa considerarsi «una misura cautelare a carattere conservativo, neppure nella forma atipica e residuale dei provvedimenti di urgenza conservativi (non connotati dalla «strumentalità strutturale» rispetto al successivo giudizio di merito)» ma «debba essere ricompreso tra le «misure

In realtà la questione sulla natura del blocco sembra essere così mal posta. È invero anzitutto pacifico che le categorie processualcivilistiche non possano essere meramente trasposte in ambito tributario, ma – stante la diversità della vicenda procedimentale amministrativa – debbano essere all'uopo opportunamente “adattate”.

L'idea secondo la quale le misure cautelari esistano solo con riferimento al giudizio di cognizione sembra, poi, l'esito di un approccio che non coglie appieno le stesse nozioni processualcivilistiche di azione e di provvedimento cautelare. A riguardo non sembra superfluo ricordare che secondo la migliore dottrina la funzione cautelare trae la sua ragion d'essere dall'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti alla cui produzione è diretta la funzione giurisdizionale sia di cognizione sia di esecuzione⁴⁵. La tutela cautelare è invero strettamente legata alle esigenze di effettività di quella giurisdizionale ed è diretta a offrire un ausilio immediato nelle more del giudizio⁴⁶ e ad evitare l'ulteriore danno marginale che il diritto può subire in quell'attesa⁴⁷. L'obiettivo è quello di fornire al titolare dell'azione, sia cognitiva sia esecutiva, gli strumenti idonei a salvaguardare in via provvisoria e mediata la situazione *tutelanda* nel tempo necessario a conseguire la tutela definitiva⁴⁸. In generale, fin dalle prime ricostruzioni, si è affermato che l'azione cautelare è finalizzata all'emanazione di misure speciali «determinate da pericolo od urgenza ... *omissis* ... prima che sia accertata la volontà della legge che ci garantisce un

conservative” menzionate dall'art. 29, comma 1, lett. b), come modificato dall'art. 7, comma 2, lett. n), n. 3), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70».

⁴⁵ Cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni, il processo di cognizione*, rist. Napoli 1980, pp. 225 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, rist., Napoli, 1960, p. 235. V. anche P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, pp. 34 ss.; M. Andrioli, *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli 1979, p. 365; E. Fazzalari, *Provvedimenti cautelari (diritto processuale civile) (voce)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1988, pp. 841 ss.; C. Mandrioli - A. Carratta, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Torino 2015, p. 263.

⁴⁶ Cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino 2014, p. 201.

⁴⁷ Cfr. E. Finzi, *Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2/1926, p. 50.

⁴⁸ In tal senso v. da ultimo A. Carratta, *Profili sistematici della tutela cautelare*, in A. Carratta (a cura di), *I procedimenti cautelari*, Bologna 2013, pp. 1 ss., spec. p. 40, ove ulteriori riferimenti bibliografici. Secondo l'A. «l'azione cautelare risponde all'esigenza di riconoscere in capo alla parte che si affermi titolare di una situazione soggettiva il potere di attivare il giudice per ottenere la sua tutela *provvisoria* in attesa di ottenere la tutela *definitiva* nel merito (dichiarativa o esecutiva), neutralizzando (o cercando di neutralizzare) in tal modo il rischio che si verifichino eventi tali da comprometterne il risultato pratico». Sui provvedimenti cautelari nel giudizio di esecuzione v. F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. I, Padova 1929, p. 246, pp. 359-360; Id., *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. II, Padova 1931, pp. 17-18.

bene, o prima che sia compiuta la sua attuazione, per garanzia della sua futura attuazione pratica»⁴⁹ e che essa è diretta anche ad evitare che la futura esecuzione forzata sia infruttuosa.

In proposito occorre inoltre ricordare che preclara dottrina non solo annovera espressamente fra i provvedimenti cautelari quelli che «servono ad agevolare la fruttuosità pratica di una futura esecuzione forzata, impedendo la dispersione dei beni che potranno essere oggetto della medesima», ma osserva anche che nel nostro ordinamento esiste un parallelismo fra i vari tipi di procedimenti cautelari aventi tale finalità ed «altrettanti tipi di procedimento esecutivo, di cui il procedimento cautelare costituisce per così dire il preannuncio e l'avanguardia»⁵⁰.

Da ultimo, quanto alla rilevanza dell'istituto della sua funzione ai fini della qualificazione, non è superfluo ricordare che secondo la migliore dottrina non

⁴⁹ Cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni, il processo di cognizione*, cit., p. 226; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 235 ss. Il chiaro A. – partendo, come noto, dall'idea che scopo del processo è l'attuazione della volontà della legge da parte degli organi della giurisdizione ordinaria e che questo scopo in tanto può dirsi raggiunto in quanto il processo dia «per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» (G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 31 e p. 40) – sostiene in particolare che, poiché «l'esecuzione forzata presuppone un titolo esecutivo, cioè un dato *accertamento* autoritativo o convenzionale, da cui dedurre la volontà della legge», in assenza di accertamento convenzionale ed in attesa di quello autoritativo può accadere che intervengano delle circostanze tali «da impedire in tutto od in parte o rendere più difficile o gravoso il conseguimento del bene che risultasse poi garantito dalla legge», se nel frattempo non si provvedesse con misure adeguate, oppure che si abbia un accertamento della volontà di legge, ma «durante il tempo necessario *per la esecuzione* si presenti il timore di danno». In questi casi, secondo la preclara dottrina l'ordinamento predispone delle misure speciali che si definiscono «cautelari». In tal senso v. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni, il processo di cognizione*, cit., p. 226; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 236. In proposito v. anche P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., pp. 7 ss. e p. 76. Di recente affermano che l'attività cautelare ha una «funzione non autonoma ma strumentale rispetto alla funzione ossia rispetto alla fruttuosità della cognizione o della esecuzione» C. Mandrioli - A. Carratta, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., p. 263. L'insigne dottrina evidenzia in specie che l'attività cautelare serve ad ovviare «ai diversi possibili inconvenienti che minacciano la fruttuosità – o, come si usa dire, l'effettività – della tutela giurisdizionale, sia essa di cognizione o di esecuzione... rende evidente la strumentalità funzionale – rispetto a questi due tipi di tutela giurisdizionale – della tutela cautelare». In tal senso v. C. Mandrioli - A. Carratta, *Diritto processuale civile*, vol. I, Torino 2017, p. 25 e p. 77.

⁵⁰ P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., pp. 34 e 35, il quale sul punto, richiamando anche E. Allorio (*Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935), afferma che «nella esecuzione forzata dei crediti in danaro, al procedimento di espropriazione sui beni mobili corrisponde il *sequestro conservativo* ... che, ove il giudizio definitivo sul credito riesca favorevole al sequestrante, può sboccare senza soluzione di continuità nella esecuzione mobiliare, ...».

solo l'essenza della tutela cautelare non può essere colta sulla base di analisi prevalentemente funzionali⁵¹ ma esistono anche misure di natura chiaramente cautelare con funzione conservativa⁵².

In ragione di quanto fin qui esposto si ritiene in sintesi che la natura cautelare della sospensione dei pagamenti non possa essere esclusa sulla base né della sua funzione né della strumentalità all'esecuzione forzata, ma poi, e soprattutto, che l'indagine sulla sua natura vada condotta sul piano della struttura.

In questa prospettiva si procede, dunque, prima a individuare i caratteri propri delle misure cautelari di diritto comune e, poi, a verificare se essi siano effettivamente presenti nell'istituto della sospensione dei pagamenti. Trattandosi di una misura assunta non nell'esercizio di una funzione giurisdizionale ma a conclusione di un procedimento amministrativo (le cui fasi sono scandite nel d.m. 18 gennaio 2008, n. 40), detti tratti distintivi

⁵¹ Cfr. A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari (voce)*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, pp. 1 ss., spec. p. 3. Secondo il chiaro Autore «... una volta constatato, infatti, che la tutela cautelare assolve una funzione comune ad una serie svariatissima di istituti profondamente diversi sul piano strutturale, la accentuazione degli aspetti attinenti alla funzione non può che rendere sempre più vaghi – in quanto più generali ed astratti – i profili della tutela cautelare (fino quasi a confonderla con la tutela normativa tout court)». Muovendo da tale premessa l'A. giunge alla conclusione che «un approfondimento dell'indagine sulla tutela cautelare dovrà muoversi pertanto soprattutto sul piano della struttura». Sul piano sistematico sembra invero essere un dato acquisito che la tutela cautelare non si caratterizzi per una funzione cautelare esclusiva, stante che il medesimo compito di evitare il pregiudizio derivante dalla durata del processo può essere assolto da rimedi, di tipo sia sostanziale sia processuale, strutturalmente assai diversi da quelli tipicamente cautelari. Pertanto, per un verso affermare che una misura svolge una funzione cautelare non equivale a predicarne la natura tipica degli strumenti cautelari, per l'altro occorre distinguere le misure volte ad evitare il danno derivante dalla durata dei processi da quelle destinate in maniera più ampia ad assicurare l'effettività della realizzazione del diritto sostanziale, le quali perseguono il primo obiettivo senza però essere preordinate ad esso (come ad esempio il pegno e l'ipoteca).

⁵² Fra i provvedimenti cautelari si annoverano, come detto, anche quelli che «servono ad agevolare la fruttuosità pratica di una futura esecuzione forzata, impendendo la dispersione dei beni che potranno essere oggetto della medesima». Così P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 35. Secondo il chiaro A. «la espressione di provvedimenti conservativi» non è però equivalente a quella di provvedimenti cautelari, in quanto «non tutti i provvedimenti cautelari sono conservativi: potendo in certi casi la cautela che con essi si costituisce consistere non nella conservazione, ma nella modificazione dello stato di fatto esistente». Così P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 26. In termini v. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 202 secondo il quale «Non costituisce ... un carattere della tutela cautelare il fatto di essere meramente conservativa. ... essa ha spesso tale finalità Altre volte però per assicurare la piena utilità della futura decisione di merito ove vi sia il pericolo di un pregiudizio assai serio ..., la disposizione cautelare ... assume una finalità e un contenuto in tutto o in parte provvisoriamente anticipatori degli effetti della tutela di merito».

andranno adeguati al contesto nel quale l'istituto opera, guardando all'uopo anche al significato ad essi attribuito in ambito amministrativo.

3. I caratteri e i presupposti delle misure cautelari di diritto comune.

Nel diritto comune l'indagine sui caratteri dei provvedimenti cautelari (condotta sul piano degli effetti e del contenuto) ha indotto la dottrina – anche dopo la novella di cui alla legge 14 maggio 2005, n. 80 (di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35)⁵³ – a ravvisare i connotati strutturali di dette misure nei caratteri della «provvisorietà» nel tempo e della «strumentalità»⁵⁴ e a ritenere che, di regola, la loro adozione sia subordinata alla sussistenza nella fattispecie concreta tanto del *fumus boni iuris* quanto del *periculum in mora*, i quali delimitano il «*quod decidendum et probandum* (con cognizione superficiale) della valutazione del giudice in sede cautelare»⁵⁵.

In particolare, quanto alla caratteristica della provvisorietà, si sottolinea che le misure cautelari, essendo ineluttabilmente destinate o a venir meno (ove il diritto a causa del quale sono state emesse venga dichiarato inesistente) oppure ad essere assorbite o sostituite dal provvedimento che riconosca il diritto a cautela del quale siano state concesse, sono inidonee a comporre definitivamente e in modo stabile l'assetto di interessi in conflitto ⁵⁶; e che per

⁵³ Con tale legge come noto è stato modificato l'art. 669 *octies* c.p.c. ed è stato previsto che le disposizioni di cui al suddetto articolo e di quelle dell'art. 669 *novies*, co. 1, c.p.c. non si applicano ai «provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700» e agli «altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice o da leggi speciali». Persiste invece la soggezione dei provvedimenti cautelari al regime di inefficacia ex art. 669 *novies*, co. 3, c.p.c., in virtù del quale essi perdono efficacia se è dichiarata l'inesistenza del diritto cautelato (anche con sentenza non passata in giudicato). Per una prima indagine sulle più rilevanti modifiche al sistema processuale cautelare apportate dalla novella v. A. Saletti, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova 2006, pp. 13 ss. Sul tema v. anche A. Patelli, *I provvedimenti nunciativi*, in G. Tarzia (a cura di), *Il processo cautelare*, 2^a ed., Padova 2004, pp. 121 ss.

⁵⁴ Cfr. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., pp. 34 ss.; Id., *In tema di provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc. civile*, II (1938), pp. 9 ss.; E. Fazzalari, *Provvedimenti cautelari (diritto processuale civile) (voce)*, cit., pp. 841 ss.; C. Mandrioli - A. Carratta, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 263 ss.; L. Montesano - G. Arieta, *Diritto processuale civile, L'esecuzione forzata. I procedimenti contenziosi sommari. Il rito cautelare uniforme*, vol. III, Torino 1999, p. 208; A. Carratta, *Profili sistematici della tutela cautelare*, cit., pp. 50 ss.; v. anche C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 204, il quale ravvisa i «connotati strutturali della tutela cautelare» nella «a) strumentalità e quindi non autosufficienza», nella «b) immediata efficacia», nella «c) provvisorietà nel tempo» ed infine nel «d) carattere ipotetico, e così ... prognostico, del giudizio richiesto al giudice cautelare».

⁵⁵ A. Carratta, *Profili sistematici della tutela cautelare*, cit., p. 49.

⁵⁶ Cfr. A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari (voce)*, cit., p. 5.

tale motivo esse si contraddistinguono, non per la durata temporale⁵⁷, ma per la qualità degli effetti giuridici, i quali sono destinati ad esaurirsi al momento in cui sarà emanato il provvedimento c.d. definitivo sulla controversia.

In ragione di questi effetti si è poi autorevolmente affermato che il provvedimento cautelare «è provvisorio *nel fine*»⁵⁸ e che la nota veramente tipica delle misure è costituita dal tratto della strumentalità, essendo dei provvedimenti che «non sono mai fine a sé stessi, ma sono immancabilmente *preordinati* alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui assicurano la fruttuosità pratica»⁵⁹. Segnatamente si ritiene che il rapporto di

⁵⁷ Secondo la migliore dottrina la provvisorietà non deve essere confusa con la temporaneità: se con il primo termine si qualifica un provvedimento «destinato a durare fino a quando non sopraggiunga un evento successivo, in vista ed in attesa del quale lo stato di provvisorietà permane nel frattempo», con il secondo ci si riferisce a «ciò che, indipendentemente dal sopravvenire di altro evento, ha per sé stesso durata limitata». Così P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 10. Negli stessi termini v. anche G. Chiovenda, *Istituzioni*, vol. I, cit., pp. 246 ss.; Id., *Principii*, cit., pp. 235 ss.; F. Carnelutti, *Lezioni*, vol. I, *Introduzione*, Padova 1926, p. 246; Id., *Lezioni*, vol. II, cit., p. 17, nonché di recente A. Proto Pisani, voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 5 e A. Carratta, *Profili sistematici della tutela cautelare*, cit., pp. 57-58. Il primo sottolinea che «mentre il provvedimento cautelare - come si è visto - è *sempre* provvisorio, gli effetti del provvedimento *non* lo sono *sempre*», in quanto può accadere che, a seguito del successivo provvedimento, gli effetti si acquisiscano definitivamente, come ad esempio «avviene plasticamente nelle ipotesi di conversione del sequestro conservativo in pignoramento ex art. 686 c.p.c.». Il secondo aggiunge che, mentre la provvisorietà è intrinseca alla stessa funzione e struttura dei provvedimenti cautelari, la durata più o meno limitata nel tempo dei loro effetti dipende dalle scelte operate in concreto dall'ordinamento processuale o dalle parti. Con la conseguenza che «la connotazione in termini di provvisorietà ... degli effetti cautelari prodotti è destinata a permanere anche laddove gli stessi, in concreto, dovessero non essere temporanei».

⁵⁸ P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., pp. 10 ss. ed in specie p. 15, ove si precisa che «il provvedimento cautelare ha effetti provvisori», perché il rapporto che «costituisce è *per sua natura* destinato ad esaurirsi, in quanto il suo scopo sarà ormai raggiunto, al momento in cui sarà emanato il provvedimento sul merito della controversia». L'interesse specifico che giustifica l'emanazione in una qualsiasi misura cautelare sorge sempre, prosegue l'A., dalla «*esistenza di danno giuridico, derivante dal ritardo di un provvedimento giurisdizionale definitivo (periculum in mora)*». Sul punto v. anche C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 204, secondo il quale è il «fattore tempo ... la chiave di volta del bisogno cautelare».

⁵⁹ P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 21. Sottolinea che è sempre nell'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale di merito che si ritrova la giustificazione della strumentalità A. Carratta, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 57. L'A. - riprendendo la tesi di Calamandrei secondo il quale la funzione tipica ed inconfondibile del primo è quella di «anticipare, in tutto o in parte, i supposti effetti, decisori o esecutori, del provvedimento principale, ed a tenere interinalmente le sue veci» (P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 143) - definisce il provvedimento cautelare «vicario rispetto alla tutela (dichiarativa o esecutiva)». V. anche V. Denti, *Azione cautelare, azione esecutiva ed interesse ad agire*, in *Giurisprudenza italiana e la legge*, 2 (1955), pp. 783 ss., spec. pp. 784-785, secondo il quale,

strumentalità sussistente fra il provvedimento cautelare e quello definitivo sia di natura tale che il primo nasca «in previsione, ed anzi *in attesa*» del secondo⁶⁰ e con la specifica funzione di assicurare, in via provvisoria, che gli accadimenti che potrebbero verificarsi durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo ordinario non si risolvano in un danno per colui che asserisce di essere titolare di un diritto non ancora accertato esistente (c.d. strumentalità ipotetica)⁶¹.

A seguito della novella di cui alla citata legge n. 80/2005 i suddetti caratteri hanno certamente subito una progressiva attenuazione in quasi tutte le misure cautelari⁶² (sia tipiche⁶³ sia atipiche⁶⁴): da un contesto in cui esse erano esclusivamente serventi alla tutela di merito, si è passati ad un sistema nel quale per la maggior parte di queste misure si prevedono provvedimenti provvisori del giudice potenzialmente idonei a regolare anche in via permanente la situazione.

Non sembra però che a causa di tali modifiche possa dubitarsi della essenzialità dei suddetti caratteri.

L'elemento strutturale dei provvedimenti cautelari, il quale secondo la migliore dottrina rappresenta «il *proprium* della cautela», è ancora costituito dalla «previsione di inefficacia per il momento – *eventuale, ma sempre possibile* – della pronuncia» del provvedimento di merito⁶⁵, giacché è rimasta impregiudicata la possibilità di una loro riconsiderazione mediante

dovento il provvedimento cautelare essere strumentale rispetto alla tutela giurisdizionale di un dato rapporto o situazione giuridica, «in tanto vi può essere una tutela cautelare in quanto vi possa essere una tutela delle situazioni giuridiche la cui realizzazione si intende garantire».

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Cfr. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 110. Afferma che la tutela cautelare “si colora di una dimensione fortemente ipotetica”, in quanto essa viene richiesta e offerta quando il processo di cognizione non si è concluso e talora non è neppure iniziato. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 205. In giurisprudenza v. Cass., Sez. unite, 9 gennaio 1995, n. 215, in *Foro it.*; Cass., 8 marzo 2007, n. 5335; Id., 20 dicembre 2010, n. 24869, entrambe in banca dati *www.leggiditalia.it*.

⁶² Fanno eccezione i sequestri di ogni genere, per i quali essi continuano a configurarsi nella loro accezione più rigorosa.

⁶³ Prima della novella di cui alla legge n. 80/2005 dette misure, per conservare efficacia, richiedevano infatti l'instaurazione del giudizio di merito.

⁶⁴ Il riferimento è a tutte *quelle* che secondo un certo orientamento sarebbero idonee ad anticipare gli effetti della sentenza di merito. Per una sintesi delle diverse tesi sull'argomento v. A. Saletti, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in G. Tarzia - A. Saletti (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova 2011, pp. 304 ss.

⁶⁵ Cfr. anche C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 204.

l'instaurazione della causa sul merito⁶⁶. La provvisorietà, nella accezione di «permanente possibilità di superamento della statuizione interinale» e di «inattitudine al giudicato»⁶⁷, era ed è dunque «intrinseca alla stessa funzione e struttura dei provvedimenti cautelari che *nascono provvisori* e tali rimangono finché continuano ad esistere»⁶⁸, così come è immanente la loro strumentalità all'azione di merito e all'esigenza di tutela immediata⁶⁹. Sembra pertanto confermato che - sebbene nell'attuale sistema la regola generale sia quella della c.d. strumentalità attenuata⁷⁰ e si sia «correlativamente “ridotta”, ancorché non “rimossa”, la caratteristica, strutturale provvisorietà»⁷¹ - la dimensione ipotetica e la necessità di garantire che il decorso del tempo non pregiudichi il

⁶⁶ Cfr. A. Saletti, *Il processo cautelare oggi*, in *Riv. dir. proc.*, 3 (2014), pp. 541 ss., spec. p. 549.

⁶⁷ C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 204.

⁶⁸ A. Carratta, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 52.

⁶⁹ Cfr. A. Carratta, *I procedimenti cautelari*, cit., pp. 56 ss., secondo il quale la connotazione in termini cautelari del provvedimento si presenta come il risultato della considerazione dell'azione che ne è alla base e del suo rapporto con l'azione di merito. È rispetto a questa che «l'azione cautelare svolge funzione servente e strumentale, per essere finalizzata a salvaguardare i provvedimenti (definitivi) che con essa si intendono conseguire». Di diverso avviso sembra essere A. Saletti, *Il processo cautelare oggi*, cit., p. 549, secondo il quale il processo cautelare solo in certi casi continuerebbe ad erogare, come alla sua origine, una tutela strumentale; in altri – e forse nella maggior parte – realizzerebbe invece una forma di tutela diversa ed autonoma dalle altre previste dal nostro ordinamento. Secondo il chiaro Autore in specie solo per le misure cautelari conservative atipiche, escluse dalle modifiche, incapaci di costituire un regolamento provvisorio degli interessi in conflitto comunque soddisfacente degli interessi del beneficiario del provvedimento, si potrebbe parlare di strumentalità strutturale ossia di dipendenza della misura cautelare dal processo di merito.

⁷⁰ Cfr. A. Saletti, *Il processo cautelare oggi*, in *Riv. dir. proc.*, 3 (2014), pp. 541 ss., spec. p. 549. Sul tema v. anche A. Patelli, *I provvedimenti nunciativi*, in G. Tarzia (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., pp. 121 ss., il quale osserva che, mentre nel 2003 l'elemento che caratterizzava le misure cautelari a strumentalità attenuata era individuato nel loro carattere anticipatorio, così non è più nel 2005. Con la suddetta modifica sono state inserite tra le misure a strumentalità attenuata anche misure non anticipatorie, come la denuncia di nuova opera che «culmina in misure provvisorie tipiche esclusivamente inibitorie o autorizzatorie ... *omissis* ... di stampo non anticipatorio ed insufficienti a regolare in modo stabile e definitivo la situazione denunciata e i diritti in contesa». Per tale via, peraltro, il legislatore sembra avere accolto una nozione di misure cautelari diversa da quella fatta propria in occasione della riforma del processo societario, essendo decisamente più circoscritti i casi di applicazione della novella regola della strumentalità attenuata. Sulla riforma delle misure cautelari nel processo societario v. G. Costantino, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 3 (2003), pp. 651 ss., spec. p. 656. Sul tema v. anche, in generale, A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario: note a prima lettura*, in *Foro it.*, 1 (2003), pp. 1 ss.; A. Saletti, *Del procedimento cautelare*, in B. Sassani (a cura di), *La riforma delle società: il processo*, Torino 2003, p. 222.

⁷¹ C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 204.

diritto dell'attore continuino a caratterizzare i provvedimenti cautelari anche di tipo anticipatorio.

La loro adozione rimane invero subordinata all'esistenza di un *periculum in mora* scaturente dalla lentezza della tutela ordinaria e concernente la futura soddisfazione del diritto cautelato; questo, a sua volta, se per un verso non è ancora accertato come esistente, per l'altro deve essere suscettibile di una delibazione non immediatamente sfavorevole (*fumus boni iuris*).

Segnatamente la condizione del *periculum in mora*, pur assumendo gradazioni diverse nella disciplina sui vari tipi di provvedimenti cautelari⁷², è di regola⁷³ imprescindibile al fine dell'accoglimento dell'istanza cautelare⁷⁴ ed è considerata sussistente quando durante l'attesa del provvedimento definitivo sia prevedibile che, qualora esso tardasse, il danno temuto si trasformerebbe in definitivo o si aggraverebbe il danno già verificatosi⁷⁵.

Controversa è invece la nozione di *fumus*, trattandosi di una formula evocativa che non è espressamente codificata neanche nelle disposizioni specifiche sui

⁷² Cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 206, secondo il quale «vi sono varie gradazioni del *periculum*, da quella più tenue (opportunità della custodia nel sequestro giudiziario di cose di cui sia controversa la proprietà o il diritto al possesso), a quelle intermedie (fondato timore di perdere la garanzia patrimoniale del credito nel sequestro conservativo), a quelle più intense, proprie dei provvedimenti cautelari anticipatori ("danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto" nella sospensione dei provvedimenti amministrativi, e soprattutto "pregiudizio imminente ed irreparabile" nei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.)».

⁷³ Sul punto v. A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari (voce)*, cit., pp. 8-9, il quale – dopo avere evidenziato che nel sistema accolto dal codice di procedura civile del 1942 il legislatore ha tipicizzato «attraverso norme generali ed astratte, dettate sulla base della regola dell'*id quod plerumque accidit*, singole specie di *pericula in mora* e singoli contenuti delle misure cautelari» – sottolinea che «vi sono ipotesi in cui il legislatore subordina la concessione della tutela cautelare ad una cognizione (sommaria) del giudice unicamente in tema di *fumus*; vi sono cioè ipotesi in cui il legislatore esplicitamente consente che il giudice possa (e debba) emanare un provvedimento cautelare prescindendo da qualsiasi indagine sulla sussistenza del requisito del *periculum*, e ciò perché è esso stesso legislatore che ha valutato a livello di legislazione generale ed astratta alla stregua dell'*id quod plerumque accidit* l'esistenza di un *periculum* (o, il che è lo stesso, l'opportunità della concessione della tutela urgente)». L'A. indica «quali esempi rientranti in questa importantissima sottocategoria le azioni di spoglio e di manutenzione» e l'ipotesi prevista dall'art. 18, co. 4, l. n. 300/1970 di «reintegra immediata nel posto di lavoro dei c.d. sindacalisti interni».

⁷⁴ In termini v. A. Carratta, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 60

⁷⁵ Cfr. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., pp. 17 ss. A riguardo il chiaro A. sottolinea che, affinché sorga l'interesse specifico a chiedere una misura cautelare, occorre non solo che «a causa dell'imminenza del pericolo, il provvedimento richiesto abbia carattere di *urgenza*» e «scopo preventivo di un danno soltanto temuto», ma anche che detto pericolo consista in «quell'ulteriore danno *marginale* che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo».

vari tipi di provvedimento⁷⁶. Volendo individuare una nozione “minimale”, generalmente condivisa, non si può che muovere dall’insegnamento della migliore dottrina secondo la quale «il carattere ipotetico di questo giudizio è intimamente connaturato alla natura stessa del provvedimento cautelare ed è un aspetto necessario alla sua strumentalità»⁷⁷ e sulla base di esso ritenere sufficiente che la pretesa fatta valere in giudizio appaia fondata ad una preliminare e superficiale analisi. In altri termini, l’ipoteticità del giudizio è l’inevitabile conseguenza del fatto che i provvedimenti cautelari rappresentano «una conciliazione tra le due esigenze spesso contrastanti della giustizia, quella della *celerità* e quella della *ponderatezza*»; essi mirano «innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario»⁷⁸.

L’analisi fin qui svolta ha restituito un quadro assai complesso dal quale emerge chiaramente l’esistenza di una stretta connessione fra principio di effettività della tutela giurisdizionale e misure cautelari⁷⁹; queste, proprio perché dirette a soddisfare tale principio, non possono che essere strumentali e provvisorie. Ne consegue, per quanto qui rileva, che in tanto pare possibile qualificare un istituto come cautelare in quanto siano ravvisabili in esso i suddetti caratteri. Analoga rilevanza non sembra invece doversi attribuire alla sussistenza nella singola fattispecie dei presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, poiché, come detto, il primo è talvolta assorbito dalla valutazione fatta *ex ante* dal legislatore alla stregua *dell’id quod plerumque accidit*, mentre il secondo è diversamente declinato a seconda delle ipotesi in

⁷⁶ Sul punto v. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 207, il quale osserva che non è chiaro «se ad integrare codesto *fumus* basti la “possibilità” di vittoria, la “verosomiglianza”, la “probabilità”». Segnatamente secondo il chiaro A. la nozione di *fumus* non esprima «uno *standard* valutativo uniforme e costante ... quanto un connotato sistematicamente imposto dal carattere strumentale proprio del giudizio cautelare, da modulare a seconda delle varie ipotesi che vengono in considerazione volta a volta».

⁷⁷ Cfr. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 64.

⁷⁸ P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 18.

⁷⁹ In termini v. A. Carratta, *I procedimenti cautelari*, cit., pp. 5 ss., il quale chiarisce che l’effettività della tutela giurisdizionale non può «prescindere dalla predisposizione di misure provvisorie idonee a neutralizzare, in via cautelare, i rischi ai quali è esposta la situazione sostanziale nel tempo necessario ad ottenere la richiesta tutela giurisdizionale». Secondo l’A. l’esigenza di assicurare gli effetti della primaria funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione impone di guardare alla tutela cautelare «come ad una diretta manifestazione della garanzia costituzionale di “*agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*” (art. 24, 1° co., Cost.)».

considerazione⁸⁰.

In forza di tali criteri occorre ora verificare se l'istituto in esame possa annoverarsi fra quelli di natura cautelare.

Prima di procedere in questa direzione pare necessario, come anticipato, scrutinare anche i provvedimenti cautelari di diritto amministrativo, onde appurare se le peculiarità connesse all'azione amministrativa si riverberino sulla "qualità" dei relativi provvedimenti ed eventualmente in quale misura.

4. ... e delle misure cautelari della pubblica amministrazione.

Guardando alle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza sui provvedimenti amministrativi di natura cautelare⁸¹, è agevole in prima battuta affermare che i caratteri della strumentalità e provvisorietà connotino anche queste misure. Secondo la migliore dottrina infatti «quella lotta con il tempo e quell'esigenza di sollecitudine che ... sono aspetti caratteristici della misura cautelare, si possono riscontrare anche nel procedimento amministrativo»⁸².

⁸⁰ A riguardo si consideri inoltre che nel sistema processualcivilistico esiste una «norma di chiusura come quella dell'art. 700 c.p.c.», la quale è «diretta a tutelare in via d'urgenza ed in forma atipica qualsiasi situazione giuridica minacciata da un "pregiudizio imminente ed irreparabile" nel periodo necessario a farla valere "in via ordinaria", consente di ricorrere alla tutela cautelare per assicurare la salvaguardia da qualsiasi *periculum in mora* (anche non previsto, né prevedibile puntualmente dal legislatore) di tutte le situazioni sostanziali genericamente individuabili (sotto forma di *fumus boni iuris*) in capo ad un soggetto dell'ordinamento». Così A. Carratta, *I procedimenti cautelari*, cit., pp. 5 ss., spec. 8.

⁸¹ Sul tema cfr. A. Torrente, *I provvedimenti cautelari nel procedimento amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, pp. 343 ss.; F. Saitta, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione. Tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa*, Torino 2003, *passim*; P. Lazzara, *I poteri cautelari della Pubblica Amministrazione*, in Romano Cioffi (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, pp. 324 ss. Si occupano della questione anche U. Pototschnig, *Sospensione amministrativa e provvedimenti cautelari*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, vol. IV, Modena 1996, pp. 1455 ss., spec. p. 1470; S. Villamena, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino 2012, p. 174; S. Fuochi, *La sospensione dell'atto amministrativo*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino 1999, pp. 365 ss.; Id., *Commento all'art. 7 l. 7 agosto 1990, n. 241*, in A. Travi (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, p. 46; M. Collu, *Proporzionalità e ragionevolezza del provvedimento cautelare di sospensione: i problemi di applicazione in risposta alla libertà di espressione*, in *Rivista giuridica sarda*, 2 (2016), pp. 424 ss. In giurisprudenza v. *ex multis* T.a.r. Lazio, Sez. I, 2 novembre 2000, n. 8846, in *Trib. amm. reg.*, I (2000), p. 5042; T.a.r. Piemonte, Sez. I, 26 giugno 2002, n. 1295, in *Foro amm.*, *Tar*, 2002, p. 1878; T.a.r. Lazio, Roma, Sez. III, 7 giugno 2016, n. 6553, in banca dati www.leggiditalia.it.

⁸² A. Torrente, *I provvedimenti cautelari nel procedimento amministrativo*, cit., p. 345. Segnatamente il chiaro A. – pur riconoscendo la «sussistenza anche nel campo del procedimento amministrativo del fenomeno in cui si sostanzia la misura cautelare: segno questo che essa risponde ad un'esigenza profonda che si fa imperiosamente sentire in tutti i rami dell'ordinamento, quale strumento ineliminabile per il raggiungimento dei fini che

In tale ambito però essi assumono connotazioni parzialmente differenti in ragione non solo delle peculiarità dell'agire pubblico⁸³, ma anche degli interessi tutelati⁸⁴. Invero, per un verso l'esercizio del potere cautelare⁸⁵ deve avvenire

l'ordinamento stesso si propone» – ritiene che non si possano «trasportare le regole proprie del processo cautelare civile al procedimento amministrativo».

⁸³ Cfr. P. Lazzara, *I poteri cautelari della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 324, secondo il quale, fatti salvi i «necessari adattamenti legati alla diversità della vicenda procedimentale amministrativa», le coordinate fondamentali in materia di provvedimenti cautelari sono principalmente mutate dall'elaborazione processualistica.

⁸⁴ In termini A. Torrente, *I provvedimenti cautelari nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 353-354, secondo il quale il legislatore «nella tutela di interessi concreti e tra loro differenziati atteggia la disciplina degli istituti in coerenza con la peculiare natura degli interessi che intende tutelare»; sicché solo alcuni principi propri della misura cautelare e connaturati alla sua essenza sarebbero applicabili anche in tema di procedimento amministrativo e fra questi lo sarebbe la «regola che sicuramente discende dalla natura della misura cautelare ... omissis ... della caducazione della misura stessa, per l'esaurimento della sua funzione, allorché intervenga il provvedimento alla cui attuazione la cautela era preordinata».

⁸⁵ In dottrina il fondamento del potere cautelare della p.a. è una questione controversa, essendo in specie oggetto di discussione se la disposizione di cui all'art. 7, co. 2, della legge n. 241/90 sia meramente ricognitiva dei provvedimenti previsti dalle leggi speciali o se essa attribuisca un potere cautelare generale. Secondo l'orientamento dottrinale maggioritario le esigenze connesse al principio di legalità e ai principi che regolano i poteri della pubblica amministrazione portano ad escludere la sussistenza di un generale potere cautelare, il quale potrebbe essere riconosciuto solo a fronte di esplicite e specifiche previsioni di legge speciale. In tal senso v. A. Torrente, *I provvedimenti cautelari nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 351-352, secondo il quale «una potestà cautelare si può riconoscere, in mancanza di una disposizione di legge, solo a favore del privato, naturalmente quando ... l'interesse della pubblica amministrazione coincida con quello del privato, e non quando vi sia contrasto. Se la coincidenza non si verifica, l'ordinamento appresta altri mezzi perché la pubblica amministrazione possa impedire il pregiudizio che potrebbe derivare dal pericolo nel ritardo dello svolgimento del procedimento amministrativo». Ritiene che sia «più rispettosa del principio di legalità e di tipicità dell'azione amministrativa» la tesi secondo la quale la disposizione di cui al citato art. 7 sia meramente ricognitiva anche S. Fuochi, *Sospensione dell'atto amministrativo*, cit., p. 367. In termini v. G. Virga, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano 1998, p. 48; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, 2000, pp. 466; R. Villata, *L'atto amministrativo*, in L. Mazzaroli e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 2001, p. 1594; R. Proietti, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, pp. 193 ss., spec. p. 260. Secondo tale orientamento la norma di cui al comma 2 del citato art. 7 varrebbe soltanto ad escludere la necessità di comunicare l'avvio del procedimento in caso di provvedimenti cautelari espressamente previsti da leggi speciali. In giurisprudenza v. Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4642, in banca dati www.leggiditalia.it. La giurisprudenza prevalente sostiene invece che, dopo l'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990 n. 241 (il cui art. 7, comma 2, prevede che l'amministrazione ha la facoltà di adottare provvedimento cautelare anche prima della comunicazione dell'avviso di inizio del procedimento), sussista un potere generale dell'amministrazione di sospensione dei propri atti. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 1995, n. 350, in *Foro amm.*, 1995, p. 874; Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 1998, n. 1560, in *Urbanistica e appalti*, 1/1999, p. 98; Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2003, n. 6038, in *Giur. it.*, 2004, p. 651. In dottrina in termini cfr. V.

nel rispetto dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità e di quelli dell'ordinamento comunitario, per l'altro l'interesse alla cui tutela esso è diretto è quello pubblico, specifico e concreto, quale risulta dalla ponderazione e valutazione comparativa di tutti gli interessi (pubblici e privati) coinvolti dall'azione amministrativa⁸⁶.

Ciò premesso è in relazione al carattere della provvisorietà che si riscontrano le maggiori differenze rispetto alle misure processualciviliste.

Si sostiene infatti che i provvedimenti cautelari della p.a., poiché incidono sulla realtà giuridica esterna e sulle situazioni soggettive dei destinatari senza l'osservanza delle norme stabilite in via di regola per l'esercizio dell'attività amministrativa, non solo debbano valere per il tempo necessario allo svolgimento del procedimento principale, ma soprattutto debbano avere una durata ridotta e predeterminata, di modo che non risulti eccessivamente gravoso il sacrificio dei diritti del soggetto e si possa escludere l'intenzione di

Italia – M. Bassani, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (legge 7 agosto 1990, n. 241 e regolamenti di attuazione)*, Milano, p. 155; Caringella, *Il procedimento amministrativo: commento organico alla L. n. 241/90*, Napoli, p. 104. Ritiene che la disposizione di cui al comma 2 del citato art. 7 abbia «operato una tipizzazione, se non dei provvedimenti cautelari, quantomeno del potere cautelare» ovvero che essa abbia introdotto un generale potere cautelare F. Saitta, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione. Tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa*, cit., p. 82, secondo il quale l'autorizzazione all'adozione di provvedimenti cautelari non tipizzati «è comunque condizionata al rispetto dei principi generali dell'ordinamento». Secondo detta tesi infatti, in mancanza di una disciplina dettagliata, presupposti limiti e modalità di esercizio del potere cautelare dovrebbero ricavarsi «dai principi generali, filtrati dalla giurisprudenza». Così F. Saitta, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione. Tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa*, cit., p. 101. L'A. giunge a siffatta conclusione optando per una lettura del «principio di legalità in senso sostanziale» e «funzionalistica» del principio di tipicità ovvero ritenendo che il rispetto del primo (principio di legalità) non imponga affatto una dettagliata disciplina del potere cautelare e che il secondo sia osservato «qualora presupposti, limiti e modalità di esercizio del potere stesso siano ricavabili dai principi generali». Così F. Saitta, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione. Tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa*, cit., pp. 61 ss., spec. p. 63, p. 74 e p. 81. Diversa è la tesi di P. Lazzara, *I poteri cautelari della Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 326-327, secondo il quale «il potere cautelare richiede autonoma e differente attribuzione; in quanto esso è connesso ad un compito dell'amministrazione attiva. ... omissis ... A queste condizioni, ed in questi limiti l'amministrazione ha la possibilità di anticipare in via cautelare alcuni degli effetti tipici del provvedimento in corso di adozione». L'art. 7, legge n. 241/1990, non è invece per l'A. «affatto sufficiente a giustificare modalità atipiche della "cautela" in autotutela, attraverso cioè effetti giuridici non ricompresi nell'ambito del contenuto del potere».

⁸⁶ In termini v. M. R. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 83 ss., spec. pp. 88-89. In specie secondo l'A. nell'ambito dei procedimenti restrittivi della sfera giuridica del destinatario l'imparzialità viene intesa come «limite al potere discrezionale dell'amministrazione».

determinare un assetto di interessi definitivo o *sine die*⁸⁷. Con riferimento al tratto della provvisorietà – ora peraltro codificato per i provvedimenti di sospensione nell'art. 21 *quater* della legge n. 241/90⁸⁸ – la Corte Costituzionale ha in più occasioni precisato che una misura cautelare, proprio perché tendente a proteggere un interesse nell'attesa di un successivo accertamento, «in ossequio al criterio di proporzionalità ... riconducibile all'art. 3 della Costituzione» deve per sua natura essere «contenuta nei limiti di durata strettamente indispensabili per la protezione di quell'interesse, e non deve essere tale da gravare eccessivamente sui diritti che essa provvisoriamente comprime»⁸⁹. In conformità a tale principio il carattere interinale della misura deve dunque garantire che il provvedimento emanato non incida sulla sfera giuridica degli amministrati «in misura superiore, cioè sproporzionata, a

⁸⁷ Cfr. Cons. Stato, 2 novembre 1998, n. 1569, in *Foro Amm.*, CDS, 1998, f. 11-12. In termini v. anche T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 1 marzo 2010, n. 3179; T.a.r. Lazio, sez. III, 1 febbraio 2010, n. 1275; T.a.r. Lazio, sez. III, 19 luglio 2006, n. 6050, tutte in banca dati *www.leggiditalia.it*. Nella giurisprudenza amministrativa, con riferimento alle ordinanze contingibili e urgenti, è costantemente affermato che esse possono dare alla situazione di urgenza (che ne costituisce il presupposto) solo una risposta di carattere provvisorio. Sulla base di tale premessa è dichiarato illegittimo il provvedimento che «in relazione al suo scopo, rivesta il carattere della continuità e della stabilità degli effetti, eccedendo le finalità del momento, e appaia destinato a regolare stabilmente una situazione o un assetto di interessi». Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2002, n. 1490, in *Cons. Stato*, I (2002), p. 578. Negli stessi termini con riferimento ai provvedimenti di requisizione in uso della proprietà privata Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2002, n. 3823, in *Foro amm.: C.d.S.*, 2002, p. 1650. Parzialmente difforme, ma nella sostanza confermativo della regola, Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2001, n. 580, in *Cons. St.*, (2001), 235, ove si afferma che nelle ordinanze contingibili e urgenti «la regola secondo la quale l'ordinanza deve contenere l'apposizione di un termine può essere derogata quando, per le peculiarità del caso concreto, la misura urgente presenti l'eccezionale attitudine a produrre conseguenze non provvisorie». Con riferimento al carattere temporaneo dei provvedimenti di sospensione v. U. Pototschnig, *Sospensione amministrativa e provvedimenti cautelari*, cit., p. 1450.

⁸⁸ Tale disposizione di cui al comma 2 del citato art. 21 *quater* prevede un generale potere di sospensione dell'efficacia o dell'esecuzione del provvedimento «per gravi motivi e per il tempo strettamente necessario». Sono stati così codificati con riferimento alla sospensione del provvedimento, rimedio cautelare per antonomasia, i caratteri dei provvedimenti cautelari definiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

⁸⁹ Corte Cost., 3 giugno 1999, n. 206, in *Foro amm.*, 2000, 1620. In termini v. anche Corte Cost., 22 aprile 2002, n. 145 (in *Foro amm.*, 2002, p. 2320, nonché in *Corr. giur.*, 10 (2002), p. 1367 con commento di R. Gurini, *Pubblico impiego, condanna non definitiva, sospensione dal servizio: la risposta della Corte Costituzionale*) laddove in ragione di tale principio è dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, co. 2, legge 27 marzo 2001, n. 97, nella parte in cui dispone che la misura cautelare della sospensione dal servizio del pubblico dipendente a causa del procedimento penale perde efficacia decorso un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato. Secondo il Giudice delle leggi siffatto termine non è rispondente sia al criterio di proporzionalità che a quello di ragionevolezza, riconducibili all'art. 3 cost., in quanto nel bilanciamento dei contrapposti interessi comporta un'evidente quanto irragionevole compressione dei diritti del singolo.

quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare» e che lo stesso «sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile»⁹⁰. A riguardo occorre inoltre tenere a mente che in forza del comma 2 dell'art. 7 della l. 241/90 le misure cautelari possono essere disposte anche in deroga alle ordinarie regole sulla partecipazione al procedimento ovvero al dovere di comunicazione del suo avvio⁹¹.

Quanto al tratto della strumentalità, essa in tale ambito si manifesta (e, dunque, va appurata) rispetto al fine perseguito con il provvedimento finale. Le misure cautelari mirano cioè a impedire che la durata del procedimento “principale” possa compromettere l'interesse affidato alle cure della p.a. e, a tale scopo, talvolta anticipano gli effetti dell'atto in corso di adozione o i poteri di autotutela esecutiva⁹², talaltra impediscono che nelle more del procedimento possa mutare la situazione di fatto o di diritto esistente⁹³.

Il rispetto dei suddetti principi costituzionali e comunitari di buona amministrazione incide poi, come è naturale, sulle condizioni del *periculum* e del *fumus* che legittimano l'adozione di queste misure⁹⁴.

⁹⁰ Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, in *Giur. It.*, 8-9/2006, p. 1745. Sul punto v. anche Cons. di Stato, Sez. VI, 20 settembre 2005, n. 4866, in banca dati www.leggiditalia.it, nonché, in materia sanzionatoria, Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1195, in *Foro amm.*: CdS, 2005, f. 3, p. 761. Sull'evoluzione del principio di proporzionalità nel nostro sistema v. V. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità - profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino 2012, *passim*. L'A. evidenzia che detto principio sia emerso «come un'immagine riflessa della discrezionalità e della ragionevolezza più attinente alla patologia che non alla fisiologia dell'atto amministrativo» e che «solo di recente la proporzionalità è stata riconosciuta espressamente dalla giurisprudenza amministrativa come principio generale dell'agire pubblico, riguardante l'azione della P.A. e non strettamente limitato, come all'inizio si era ritenuto in ambito comunitario, all'area dei diritti fondamentali». Così V. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità*, cit., pp. 107-108.

⁹¹ Sulla *ratio* della comunicazione di avvio del procedimento v. G.D. Comporti, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino 2001, pp. 119-126; R. Proietti, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., p. 260, secondo il quale tale deroga si pone nell'ottica del temperamento della garanzia del contraddittorio con la salvaguardia dell'efficienza dell'azione amministrativa.

⁹² Cfr. P. Lazzara, *I poteri cautelari della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 325 e p. 327.

⁹³ È questo ad esempio il caso della sospensione dei lavori nelle more della verifica delle autorizzazioni.

⁹⁴ Cfr. P. Lazzara, *I poteri cautelari della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 326, ove l'A. evidenzia la differenza fra le ragioni di urgenza che autorizzano una deroga alle regole della partecipazione previste dal primo comma dell'art. 7 («ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di rapidità») e quelle stabilite dal secondo comma dello stesso articolo per le misure cautelari.

Segnatamente, secondo la dottrina⁹⁵ e il costante orientamento giurisprudenziale il provvedimento cautelare, in ossequio al principio di imparzialità che deve caratterizzare l'azione amministrativa, può essere di regola assunto se sussistono «quegli elementi di fatto significativi ed indicativi a far ritenere lesa o messo in pericolo l'interesse pubblico perseguito»⁹⁶ o meglio a far ipotizzare che, nelle more del provvedimento finale, vi sia un pericolo grave ed irreparabile per gli interessi rilevanti nell'ambito delle relazioni che ineriscono al suo esercizio⁹⁷.

Se, dunque, per un verso il carattere dell'urgenza proprio di queste misure, risultando incompatibile con i normali adempimenti procedimentali, ne giustifica l'adozione sulla base di un'istruttoria sommaria, per l'altro questa deve di regola consentire alla p.a. di ponderare comparativamente le esigenze dell'urgenza e i diritti dei soggetti (a partire da quello a partecipare al procedimento)⁹⁸.

Anche in tale ambito non mancano tuttavia ipotesi nelle quali, in ragione della natura degli interessi alla cui tutela le misure cautelari tendono, si prevede che il provvedimento debba essere assunto in presenza delle circostanze indicate dalla legge⁹⁹. In questi casi il *periculum in mora* ed il *fumus boni iuris* si considerano in sostanza presunti *iuris et de iure* dalla legge e l'istruttoria si riduce alla mera constatazione della sussistenza delle condizioni previste dalla legge per l'adozione del provvedimento. Ciò non esclude che si tratti di misure cautelari: «l'indagine sulla sussistenza del presupposto costituisce una

⁹⁵ Con riferimento ai provvedimenti limitativi della sfera giuridica del destinatario cfr. M. R. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, cit., p. 89 e bibliografia ivi citata.

⁹⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 242, in banca dati *www.leggiditalia.it*, ove si precisa che l'esistenza di tali elementi deve essere indicata in motivazione.

⁹⁷ Cfr. P. Lazzara, *I poteri cautelari della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 326, ove l'A. evidenzia la differenza fra le ragioni di urgenza che autorizzano una deroga alle regole della partecipazione previste dal primo comma dell'art. 7 («ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di rapidità») e quelle stabilite dal secondo comma dello stesso articolo per le misure cautelari.

⁹⁸ In tal senso cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 242, cit., ove si afferma che il potere cautelare deve essere «ancorato all'accertamento di precisi e specifici elementi di fatto da cui emerga, secondo una valutazione seria, ragionevole e non arbitraria, la lesione o la messa in pericolo dell'interesse pubblico perseguito con il rilascio della originaria concessione o autorizzazione ovvero l'incompatibilità dell'esercizio del diritto di impresa con il rispetto degli altri diritti, pure costituzionalmente garantiti, appartenenti a tutti gli altri consociati».

⁹⁹ In tal senso P. Lazzara, *I poteri cautelari della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 330, il quale cita tra gli esempi più importanti, quello della sospensione del pubblico dipendente imposta dall'art. 4, legge 27 marzo 2001, n. 97, a seguito di condanna penale.

modalità che non incide sulla natura del provvedimento»¹⁰⁰.

In sintesi indici univoci della natura cautelare dei provvedimenti della p.a. sono la strumentalità al buon esito del procedimento principale e la previsione di una durata predeterminata; sicché vanno qualificate come tali soltanto quelle misure interinali dirette ad evitare che, nelle more del procedimento, l'interesse affidato alle cure della p.a. possa essere gravemente ed irreparabilmente compromesso¹⁰¹. Il carattere della temporaneità è in specie un tratto imprescindibile che differenzia queste misure da quelle di diritto comune.

È alla luce di questi risultati che occorre ora guardare all'istituto di cui all'art. 48 *bis* e verificare se quei caratteri ritenuti irrinunciabili dei provvedimenti cautelari ricorrano in esso.

5. La natura cautelare della sospensione dei pagamenti di cui all'art. 48 bis d.p.r. n. 602/73.

L'indagine fin qui svolta consente innanzitutto di superare i dubbi sulla ascrivibilità della misura in esame a quelle cautelari inizialmente evidenziati e derivanti dalle sue peculiarità rispetto al fermo amministrativo generale ovvero essenzialmente dal carattere non discrezionale della misura e dalla collocazione a ridosso dell'esecuzione.

Invero, quanto al primo si è visto che il legislatore in ragione degli interessi coinvolti talvolta sottrae la valutazione sulla "opportunità" di adottare il provvedimento al giudizio della p.a., stabilendo *ex lege* le condizioni al ricorrere delle quali lo stesso vada assunto. L'assenza di discrezionalità non è pertanto affatto singolare, tanto più che nel caso l'interesse tutelato è per lo più quello fiscale in senso stretto *id est* quello alla riscossione pronta e sicura delle imposte¹⁰².

Quanto al secondo dallo scrutinio delle tutele cautelari è emerso che sono qualificati come tali anche quei provvedimenti diretti a garantire la fruttuosità di una futura azione esecutiva ovvero, in ambito amministrativo, quelli che anticipano i poteri di autotutela esecutiva della p.a. Il fatto che il blocco sia

¹⁰⁰ Cfr. A. Torrente, *op. cit.*, p. 350.

¹⁰¹ In ragione di questi tratti le misure cautelari si distinguono fra l'altro dai provvedimenti c.d. «necessitati», quali ad esempio le ordinanze di necessità ed urgenza emanate dal Sindaco ai sensi degli artt. 50 e 54 del d.lgs. n. 267/2000, cui fa riferimento il primo comma del citato art. 7.

¹⁰² Sulla nozione di interesse fiscale v. P. Boria, *L'interesse fiscale*, Torino 2002, *passim*. Sul tema E. De Mita, *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano 1987, *passim*.

propedeutico all'esecuzione dunque non osta ma al contrario depone a favore alla sua qualificazione in termini di provvedimento cautelare.

La misura in esame sembra invero rispondere pienamente al paradigma secondo il quale i provvedimenti cautelari amministrativi nascono al servizio, per così dire, di un successivo provvedimento finale e per tutelare, nelle more di quest'ultimo, gli interessi affidati al soggetto pubblico che lo assume, senza però comprimere *sine die* i diritti degli altri soggetti coinvolti.

La disposizione di cui all'art. 48 *bis* delinea infatti inequivocabilmente la sospensione dei pagamenti come diretta a garantire «l'esercizio dell'attività di riscossione delle somme iscritte a ruolo». Siffatta funzione è poi delimitata dal d.m. n. 40 del 2008, il quale configura la sospensione come esclusivamente strumentale al pignoramento speciale di cui all'art. 72 *bis* del d.p.r. n. 602/73. Segnatamente all'art. 3 si prevede, innanzitutto, che l'agente della riscossione, ove accerti l'inadempimento del creditore dell'amministrazione pubblica, nella comunicazione dell'esito della verifica «preannunci l'intenzione dell'agente della riscossione competente per territorio di procedere alla notifica dell'ordine di versamento di cui all'articolo 72 *bis*»¹⁰³; e poi che, in caso di mancata notifica di detto ordine di pagamento entro il termine di sessanta giorni successivi a quello della comunicazione, l'amministrazione pubblica proceda al pagamento delle somme dovute al beneficiario¹⁰⁴. Dal tenore letterale dell'art. 3 del regolamento risulta dunque in modo non equivoco che il blocco dei pagamenti non è fine a sé stesso, ma è emesso in attesa del pignoramento presso terzi *ex art. 72 bis*¹⁰⁵. Può pertanto dirsi verificato il carattere della

¹⁰³ Cfr. art. 3, co. 3, d.m. n. 40/2008.

¹⁰⁴ Cfr. art. 3, co. 3, d.m. n. 40/2008. Al comma 5 di detta disposizione si stabilisce inoltre che la revoca e l'annullamento della sospensione sono rispettivamente subordinate allo sgravio o al pagamento delle cartelle scadute «prima della notifica dell'ordine di versamento».

¹⁰⁵ Sul punto v. anche M. Basilavecchia, *Il blocco dei pagamenti della Pubblica amministrazione*, cit., p. 2662, il quale – dopo avere osservato che la «funzione del blocco è quella di assicurare la possibilità, all'agente della riscossione procedente, di effettuare il pignoramento, nelle forme spedite (art. 72bis del D.P.R. n. 602/1973) dell'ordine diretto al soggetto pubblico di pagamento delle somme nelle mani dell'agente stesso» – precisa tale finalità, già intuibile dal testo di legge, è palesata oggi dal regolamento, che al comma 3 dell'art. 3 prevede che la comunicazione di riscontro alla richiesta, nella procedura di verifica, rechi anche l'enunciazione della intenzione di procedere al pignoramento nelle forme ora ricordate». In termini v. anche A. Guidara, *Indisponibilità del tributo ed accordi in fase di riscossione*, cit., p. 225. Ritiene invece che la sospensione dei pagamenti sia autonoma rispetto al pignoramento speciale l'amministrazione, secondo la quale detta misura sarebbe strumentale all'esecuzione forzata *tout court* e conseguentemente sarebbero passibili di blocco anche i crediti pensionistici (non pignorabili *ex art. 72 bis*). Cfr. Circolare della Ragioneria generale dello Stato, 8 ottobre 2009, n. 29, reperibile all'indirizzo <http://www.rgs.mef.gov.it>.

strumentalità del provvedimento in esame al procedimento di esecuzione e in specie, in forza dell'attuale formulazione del regolamento, a quella particolare forma di pignoramento presso terzi che si realizza mediante l'ordine dell'agente della riscossione di pagare nelle proprie mani¹⁰⁶.

Quanto poi al carattere della provvisorietà, dirimente è la disposizione di cui al comma 6 dell'art. 3 la quale – laddove stabilisce che, decorso il termine di sessanta giorni successivi alla comunicazione «senza che il competente agente della riscossione abbia notificato, ai sensi dell'articolo 72 *bis* del citato Decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973, l'ordine di versamento ... *omissis* ...», il soggetto pubblico procede al pagamento delle somme spettanti al beneficiario» – individua un tempo di durata della misura oltre il quale essa non può in ogni caso protrarsi¹⁰⁷. Invero in forza di tale previsione, entro il termine indicato, la sospensione del pagamento o viene sostituita dal pignoramento speciale la cui fruttuosità ha in tal modo garantito oppure, in assenza dell'ordine di pagamento, viene meno per mancanza di scopo e l'ente debitore procede al pagamento¹⁰⁸. Ricorre pertanto nell'istituto anche il tratto della temporaneità tipico dei provvedimenti cautelari della pubblica amministrazione, i quali sono destinati ad esaurirsi in un tempo predeterminato. Nel caso poi è bene ricordare che la previsione di un termine perentorio di durata, assicurando che il diritto del beneficiario del pagamento alla percezione delle somme a lui dovute non sia compresso *sine die* in ragione dell'interesse alla riscossione delle somme iscritte a ruolo, garantisce che il provvedimento assunto unilateralmente (senza cioè l'intervento del giudice né la partecipazione dell'interessato) e “automaticamente” dall'agente della

¹⁰⁶ Cfr. A. Torrente, *I provvedimenti cautelari nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 353-354, secondo il quale solo alcuni principi propri della misura cautelare e connaturati alla sua essenza sarebbero applicabili anche in tema di procedimento amministrativo e fra questi lo sarebbe la «regola che sicuramente discende dalla natura della misura cautelare ... *omissis* ... della caducazione della misura stessa, per l'esaurimento della sua funzione, allorché intervenga il provvedimento alla cui attuazione la cautela era preordinata».

¹⁰⁷ Sul punto cfr. Cons. Stato, Sezione consultiva, parere 22 ottobre 2007, n. 2834, secondo il quale la scelta di introdurre un limite temporale in sede regolamentare è non solo condivisibile ma anche «coerente con la *ratio* del provvedimento».

¹⁰⁸ Simile sotto tale profilo è la sorte del fermo amministrativo ex art. 69 citato il quale si conclude con la compensazione oppure può essere revocato dalla stessa amministrazione allorché venga meno la *ratio* che lo ha determinato, come ad esempio, qualora il debitore, che è anche creditore dello Stato, provveda volontariamente all'adempimento dell'obbligazione mediante il pagamento all'erario della somma di cui è debitore. Sul tema v. R. Viggiano, *Il cosiddetto “fermo amministrativo”*, cit., p. 44, secondo il quale il fermo può inoltre «cessare anche per effetto dell'annullamento di esso da parte della stessa autorità amministrativa, che lo ha posto in essere, in sede di autoimpugnativa o di accoglimento di ricorso amministrativo proposto dal privato debitore».

riscossione sia conforme ai principi generali di ragionevolezza e di proporzionalità¹⁰⁹.

In forza di queste argomentazioni si può dunque giungere alla conclusione che la sospensione dei pagamenti *ex art. 48 bis* abbia natura cautelare o meglio sia un provvedimento interinale cautelare diretto a garantire, in base all'attuale formulazione del regolamento, il buon esito del pignoramento speciale.

Un'ultima notazione va fatta con riferimento ai presupposti per la sua adozione¹¹⁰ e segnatamente all'esistenza in fattispecie, non tanto del *fumus* (essendo la pretesa recata da un titolo esecutivo già liquida ed esigibile), quanto delle ragioni dell'urgenza, stante che – come detto – è proprio la sussistenza del pericolo, per così dire, da attesa del provvedimento finale a giustificare in genere l'assunzione della misura cautelare.

A riguardo va ribadito che il dato normativo sembra escludere qualsivoglia valutazione in merito sia alla fondatezza della pretesa sia alle condizioni finanziarie e patrimoniali del debitore ovvero alla sussistenza di comportamenti atti a ipotizzare l'esistenza di un pericolo di sottrazione delle ordinarie garanzie patrimoniali.

Tale circostanza, come anticipato, non è singolare e, in particolare, quanto al *periculum* ipotesi di questo genere non sono ignote né al sistema processualcivilistico¹¹¹ né a quello amministrativista¹¹². Sotto tale profilo,

¹⁰⁹ Alla stessa *ratio* sembra parimenti rispondere l'individuazione nel regolamento, a fronte del silenzio serbato anche sul punto dalla fonte primaria, dell'importo che può essere sospeso.

¹¹⁰ Con riferimento alle misure cautelari c.d. *pro fisco* si è evidenziato da più parti in dottrina che, sebbene il legislatore tributario non sempre richiami esplicitamente la presenza di queste condizioni, non può dubitarsi della necessità della loro sussistenza. Cfr. L. Del Federico, *Ipoteca e fermo nella riscossione: tra salvaguardia dell'interesse fiscale e tutela del contribuente*, in *Giust. trib.*, 3 (2007), pp. 427 ss., il quale osserva che «anche l'art. 15 bis, in tema di ruoli straordinari, e l'art. 23 in tema di sospensione dei rimborsi, tacciono in merito ai due requisiti tradizionali; ma anche l'art. 22, in tema di ipoteca e sequestro conservativo per il credito a titolo di sanzioni, tace sul requisito del *fumus boni iuris*, pur ritenuto necessario». Su quest'ultima misura cfr. anche S.M. Messina, *Commento all'art. 22*, in F. Moschetti - L. Tosi (a cura di), *Commentario alle disposizioni generali sulle sanzioni amministrative in materia tributaria*, cit., p. 667.

¹¹¹ In tal senso v. A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari (voce)*, cit., p. 9, il quale con riferimento alla tutela cautelare nel processo ordinario sottolinea che vi sono ipotesi nelle quali si prevede che il giudice possa (e debba) emanare un provvedimento cautelare prescindendo da qualsiasi indagine sulla sussistenza del requisito del *periculum*, perché è lo stesso legislatore ad avere valutato a livello generale ed astratto alla stregua dell'*id quod plerumque accidit* l'esistenza di un *periculum* e, dunque, l'opportunità della concessione della tutela urgente. Il chiaro A. indica quali esempi le azioni di spoglio e di manutenzione.

¹¹² Cfr. P. Lazzara, *I poteri cautelari della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 330, secondo il quale «nel variegato strumentario dei poteri cautelari non mancano ipotesi in cui il provvedimento debba essere adottato in presenza delle circostanze indicate dalla legge. Tra

mutuando la distinzione elaborata dalla dottrina fra i provvedimenti con finalità conservative e quelli “anticipatori” del diritto (ovvero fra misure dirette a neutralizzare il pericolo da infruttuosità piuttosto che quello da tardività del provvedimento)¹¹³, pare che in fattispecie il legislatore abbia valutato *ex ante* l’esistenza del pericolo da tardività (ossia il rischio che il tempo necessario per iniziare l’esecuzione possa causare un pregiudizio), per evitare il quale prevede la possibilità di adottare un provvedimento che anticipa gli effetti del successivo pignoramento “bloccando” le somme che stanno per essere corrisposte al debitore iscritto a ruolo. Se questo è vero, allora nel caso sembra ricorrere un’ipotesi nella quale l’esigenza cautelare (che fonda la sospensione del pagamento) sia apprezzata in via generale ed astratta dalla stessa legge; sicché sembra verosimile che le condizioni del *fumus* e del *periculum* siano sottese alla prescrizione dei presupposti per l’adozione della misura ovvero all’esistenza rispettivamente di una pretesa recata da un titolo esecutivo e di una situazione di inadempimento.

Sulla base della ricostruzione qui prospettata la sospensione di pagamenti, in quanto diretta ad evitare il pericolo che il diritto di credito possa rimanere insoddisfatto nell’attesa dell’espropriazione, pare in sintesi ascrivibile fra le misure cautelari automatiche con contenuto anticipatorio.

L’automatismo della misura impone un’ulteriore riflessione. Potrebbe invero sorgere il dubbio che la disciplina dell’istituto nella parte in cui non prevede per così dire uno *spatium deliberandi* per la sua adozione, rimettendo

gli esempi più importanti, va richiamata la sospensione del pubblico dipendente imposta dall’art. 4, legge 27 marzo 2001, n. 97, a seguito di condanna penale». Su quest’ultima ipotesi v. in giurisprudenza Cons. Stato, 4 ottobre 2006, n. 5909, in banca dati *www.leggiditalia.it*; Cons. Stato, ordinanza 28 agosto 2001, n. 4745, in *Foro it.*, 3 (2003), p. 372, ove si dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4 citato, nella parte in cui prevede la sospensione cautelare dal servizio del pubblico dipendente che abbia subito una condanna non definitiva per i delitti previsti dall’art. 3, co. 1, della stessa legge, in quanto, da un lato, la natura cautelare della sospensione esclude il contrasto col principio di presunzione di non colpevolezza fissato dall’art. 27 Cost. e, dall’altro, la norma realizza un ragionevole bilanciamento tra esigenza cautelare, esigenze del dipendente ed interessi dell’amministrazione, in riferimento agli artt. 27, 54, 97 e 98 Cost.

¹¹³ Cfr. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., pp. 157 ss.; F. Tommaseo, *I provvedimenti d’urgenza*, Padova 1983, *passim* ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali; P. Lazzara, *I poteri cautelari della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 325, il quale cita come esempio di provvedimenti che impediscono mutamenti della situazione di fatto o di diritto esistente, nelle more del procedimento quello della «sospensione dei lavori, nelle more della verifica (ed eventuale annullamento) delle autorizzazioni edilizie», come esempio di provvedimento cautelare che anticipa alcuni effetti tipici dell’atto (principale) in corso di adozione «il divieto imposto al promotore finanziario di compiere nuove operazioni di intermediazione durante il procedimento di radiazione dall’albo».

all'agente soltanto l'accertamento qualificativo della situazione di inadempimento, comprima ingiustificatamente il diritto di credito del beneficiario del pagamento. Se infatti è vero che l'individuazione delle situazioni nelle quali l'esigenza cautelare può essere valutata in astratto rientra nella discrezionalità del legislatore, altrettanto vero è che l'esercizio di detta discrezionalità deve per così dire superare il controllo di ragionevolezza.

In realtà, quando il credito ha per oggetto tributi, la compressione del diritto del creditore pare giustificata dal fine della concreta attuazione del principio di capacità contributiva; l'interesse alla pronta riscossione dei tributi, rispondendo all'esigenza di garantire l'effettiva attuazione del principio dell'equa ripartizione del carico fiscale, sembra cioè legittimare siffatta previsione¹¹⁴. Il dubbio potrebbe permanere quando invece il credito ha per oggetto altre entrate dello Stato ed in specie quelle «aventi causa in rapporti di diritto privato»¹¹⁵. In questo caso la giustificazione alla posizione di supremazia dell'ente creditore può però rinvenirsi nella rilevanza pubblica del credito da riscuotere: questa, legittimando a monte le deroghe alle regole di diritto comune in materia di riscossione (*id est* l'ampliamento del sistema di riscossione a mezzo ruolo alle somme diverse dai tributi)¹¹⁶, autorizza a valle la limitazione, come nel caso, dei diritti del soggetto inadempiente all'obbligo di versare somme "pubbliche" iscritte a ruolo.

A ben vedere sotto tale profilo la misura in esame sembra da inquadrare nell'ambito dell'esercizio del potere di autotutela esecutiva della p.a. (ora codificato dall'art. 21 *ter* della legge n. 241/90)¹¹⁷ e in specie, qualora il credito

¹¹⁴ Cfr. A. Fedele, *Diritto tributario (principi) (voce)*, in *Enc. dir.*, Roma, pp. 447 ss. spec. p. 468, secondo il quale nella fase della riscossione l'interesse fiscale, «in quanto interesse degli apparati amministrativi ad una rapida, sicura e costante acquisizione del gettito fiscale», viene assunto come «valore preminente». Il chiaro A. non manca però di rilevare che «la specifica deviazione rispetto ai principi del diritto amministrativo e del diritto privato, con conseguente pregiudizio di contrapposte posizioni giuridiche che sarebbero, secondo i principi suddetti, riconosciute ai privati, non trova un adeguato fondamento in altri principi (neppure nell'esigenza del "buon andamento" dell'amministrazione, valore bilanciato dalla "imparzialità" – art. 97 comma 1 cost. – che coinvolge lo stesso apparato pubblico)»; sicché siffatte deroghe, «se non direttamente confliggenti con norme e principi sopraordinati», si caratterizzano come «meri privilegi fiscali, sicuramente eccezionali, dunque soggetti alle note restrizioni in sede interpretativa».

¹¹⁵ Queste ultime ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 46/99 possono essere rimosse mediante ruolo ove risultino «da titolo avente efficacia esecutiva».

¹¹⁶ Cfr. A. Carinci, *La riscossione a mezzo ruolo nell'attuazione del tributo*, p. 25.

¹¹⁷ Premesso che l'esecuzione coattiva degli obblighi verso la p.a. può avvenire solo nei limiti e nelle forme espressamente previste da specifiche norme di legge, alle quali l'art. 21 *ter* opera un indistinto rinvio (c.d. principio di legalità e di tipicità dell'esercizio dell'autotutela esecutiva), secondo parte della dottrina tra tali obblighi sono ricompresi non solo quelli che derivano da un provvedimento amministrativo di natura esecutiva ma anche quelli «nascenti

sia tributario, in quello di autotutela esecutiva della amministrazione finanziaria¹¹⁸.

Rientra infatti in questo potere quello dell'amministrazione fiscale di costituirsi il titolo esecutivo e di procedere, tramite l'intervento dell'agente della riscossione¹¹⁹, al soddisfacimento coattivo del diritto in esso "consacrato"

direttamente dalla legge, da sentenze e da atti di natura paritetica, come quelli negoziali» e in particolare anche le obbligazioni pecuniarie (di fonte pubblicistica, come i tributi, e di origine negoziale). In tal senso cfr. M.L. Guida, *L'esecuzione coattiva delle pretese amministrative*, in *federalismi.it*, 7 (2017), pp. 1 ss., spec. p. 5. Peraltro l'art. 21 *ter*, al comma 2 ora stabilisce che «ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato». Detta disposizione secondo la dottrina maggioritaria rinvia, nell'ipotesi di obbligazioni pecuniarie, alla disciplina dell'esecuzione coattiva dei crediti erariali e segnatamente alla riscossione a mezzo ruolo ai sensi del d. lgs. n. 46 del 1999 dei crediti relativi ad entrate pubbliche. In tal senso v. B.G. Mattarella, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 5 (2005), pp. 469 ss., nota 32, secondo il quale «questa norma sembra voler ribadire quanto stabilito dall'art. 17, d.lgs. 22 febbraio 1999, n. 46, che disciplina la riscossione esattoriale: "si effettua mediante ruolo la riscossione coattiva delle entrate dello Stato, anche diverse dalle imposte sui redditi, e di quelle degli altri enti pubblici, anche previdenziali, esclusi quelli economici"». In termini v. anche M. D'Angelosante, *L'azione amministrativa dalla efficacia alla esecuzione nella riforma della legge 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 3 (2009), pp. 723 ss., secondo la quale «oggi, per effetto della introduzione dell'art. 21 *ter*, il cui comma secondo, come si è accennato, applica all'esecuzione delle obbligazioni nei confronti della p.a. aventi ad oggetto somme di denaro le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato – vale a dire il Capo II del d. lgs. n. 46 del 1999, il quale a sua volta parzialmente rinvia al Capo II del Titolo I nonché al Titolo II del dpr 602 del 1973 – occorre inoltre considerare che, ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 46 del 1999, si effettua mediante ruolo la riscossione coattiva delle entrate dello Stato, fatte salve le sole esclusioni espressamente previste, e comunque senza distinzione fra i tipi di fonti da cui l'obbligazione pecuniaria tragga la propria legittimazione». Sul tema v. anche L. Del Federico, *I rapporti tra lo statuto e la legge generale sull'azione amministrativa*, in *Rass. trib.*, 6 (2011), pp. 1393 ss., secondo il quale il secondo comma «fa riferimento alle disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato, trascurando il fatto che sussistono regimi differenziati per i crediti tributari, per quelli previdenziali, per quelli patrimoniali e per quelli puramente privatistici. Peraltro, in via interpretativa si potrebbe intendere il rinvio come implicitamente selettivo, nel senso che per ogni tipo di credito si applica il corrispondente regime».

¹¹⁸ Sulla nozione di autotutela esecutiva v. F. Benvenuti, *Autotutela (dir. Amm.) (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano 1959, p. 553, ove il chiaro Autore precisa che quando per la soddisfazione della pretesa dell'amministrazione «occorra la produzione di un effetto materiale diviene necessario metter in opera altresì un comportamento materiale: una operazione. Si parla in tal caso di esecuzione», ossia quell'attività che esegue materialmente un precetto e che da questo punto di vista «è attività di autotutela ed appunto perciò si deve parlare di esecuzione amministrativa».

¹¹⁹ L'attività amministrativa di riscossione, normalmente demandata all'agente della riscossione (dove la denominazione di riscossione delegata), è in via residuale curata direttamente dall'ente impositore, il quale può svolgerla *ex se* o avvalersi in tutto o in parte di soggetti espressamente indicati dalla legge secondo la disciplina di cui al r.d. 14-9-1910, n. 639 (c.d. riscossione diretta). Cfr. A. Guidara, *Riscossione dei tributi e delle sanzioni fiscali (voce)*, in *Digesto it.*, 2017.

mediante esecuzione diretta, al di fuori cioè dell'esercizio di un'azione esecutiva per così dire ordinaria.

Segnatamente secondo la migliore dottrina l'esecuzione tributaria si concreta in una pluralità di atti tra loro avvinti da un nesso di sequenza e di progressione, «talché ogni atto della serie è il presupposto del successivo, in quanto fa nascere il dovere o il potere di compiere il successivo»¹²⁰. Ed è in

¹²⁰ G. Falsitta, voce *Riscossione delle imposte dirette*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, 1969, pp. 66 ss., spec. p. 70, secondo il quale «l'esecuzione forzata esattoriale è una tipica forma di esecuzione mediata», la quale nella fase espropriativa si atteggia come un procedimento amministrativo di autotutela pubblica svolto dall'esattore in sostituzione dell'ente impositore e non come un processo giurisdizionale. Per l'A. nella fase satisfattiva, invece, la giurisdizione prenderebbe il sopravvento; sicché essa avrebbe natura di processo giurisdizionale. Tale distinzione è stata tuttavia messa in discussione dal chiaro Autore, il quale a riguardo osserva che «le innovazioni più recenti sembrano indebolire questa linea distintiva e tendono ad inglobare l'intera esecuzione fiscale nell'alveo della autotutela esecutiva del creditore». In quest'ultimo senso v. G. Falsitta, *Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intransigibilità del tributo*, in *Riv. dir. trib.*, 12 (2007), pp. 1047 ss. Con riferimento alla disciplina previgente ipotizza una natura ibrida dell'esecuzione esattoriale, L. Montesano, *Sulla funzione dell'esecuzione esattoriale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 914, per il quale l'esecuzione esattoriale è un procedimento amministrativo con una fase satisfattiva giudiziaria. Quanto alla disciplina attuale v. E. Emanuele, *L'esecuzione esattoriale*, Milano 1981, p. 43, il quale ritiene in specie che abbia natura amministrativa solo la fase espropriativa (che inizia col pignoramento e termina con la vendita) e natura giurisdizionale la successiva fase di assegnazione del ricavato per la presenza del giudice dell'esecuzione. Non è mancato tuttavia chi ha sostenuto la natura giurisdizionale della esecuzione forzata tributaria. In tal senso v. E. La Porta, *La riscossione delle imposte dirette secondo il nuovo T.U. 29 gennaio 1958, n. 645*, Roma 1960, pp. 74 ss., secondo il quale l'istituto dell'esecuzione in questione si sostanzia in un processo giurisdizionale sia pure speciale. Espressamente contro tale ricostruzione G. Falsitta, *op. ult. cit.*, il quale afferma che se tale tesi poteva pure avere «un granello di verità» con riferimento alla fase satisfattiva «tuttavia le innovazioni più recenti sembrano indebolire questa linea distintiva e tendono ad inglobare l'intera esecuzione fiscale nell'alveo della autotutela esecutiva del creditore». Sempre nel senso della natura giurisdizionale cfr. G. Costantino, *Le espropriazioni forzate speciali*, Milano 1984, pag. 89 e 67, e di recente F. Odoardi, *Il processo esecutivo tributario*, Roma 2012, p. 14. Per quest'ultimo Autore «l'esecuzione esattoriale assume i tratti caratteristici di un procedimento giurisdizionale, in considerazione della natura e della funzione degli atti esecutivi». In particolare secondo questa ricostruzione l'effetto tipico delle espropriazioni e cioè quello sostitutivo dell'adempimento del debitore si ottiene soltanto attraverso il provvedimento del giudice e prova della natura giurisdizionale sarebbero il fatto che, da un lato, l'art. 56, comma 3 D.P.R. 602/1973 avrebbe contenuto analogo all'art. 510, comma 1 del c.p.c. e, dall'altro, che l'art. 84 D.P.R. n. 602/1973 richiama gli artt. 510 e 596 c.p.c. Ad ulteriore conforto del carattere giurisdizionale dell'esecuzione forzata viene addotta, altresì, la perfetta coincidenza sotto il profilo funzionale degli atti esecutivi speciali con quelli dell'esecuzione ordinaria. Il che sarebbe confermato, da una parte, dalla facoltà dell'agente di intervenire in una procedura ordinaria e, dall'altra, dall'obbligo a lui imposto di fare ricorso alle norme del c.p.c. laddove in caso di pignoramento presso terzi, l'intimato non ottemperi all'ordine ex art. 72 e 72 bis D.P.R. 602/73. In realtà le disposizioni richiamate non sembrano esattamente conducenti nel senso della tesi prospettata ma, anzi, confermano quella opposta. Invero, quanto all'art. 56 non pare possibile riscontrare un'identità tra il suo terzo comma, e l'art. 510 c.p.c. In specie

detta sequenza, la quale ha inizio con la formazione del ruolo¹²¹ ed è interamente finalizzata all'obiettivo della «riscossione celere delle imposte»¹²², che si colloca la misura di cui all'art. 48 *bis*. In specie la sospensione dei pagamenti – essendo in una posizione intermedia fra la notificazione del titolo esecutivo e l'inizio dell'esecuzione forzata tributaria – svolgerebbe una funzione di “raccordo” fra le due diverse fasi, garantendo il buon esito della seconda e anticipandone sostanzialmente gli effetti. L'opinione più autorevole considera invero l'esecuzione forzata “esattoriale” come una manifestazione del potere di autotutela esecutiva della pubblica amministrazione¹²³, «esercizio di funzione amministrativa»¹²⁴, nella quale l' “esattore” (ora agente della

l'art. 56, laddove prevede che, in caso di mancato intervento di altri creditori, il giudice autorizza il concessionario a trattenere l'ammontare del suo credito, sembra confermare *a contrario* che la fase giurisdizionale sia limitata all'ipotesi nella quale siano coinvolti altri soggetti oltre al concessionario della riscossione. La stessa riflessione, sembra possa valere per la disciplina prevista dagli articoli 72 e 72 *bis*. In tali fattispecie l'intervento del giudice è previsto in presenza di terzi coinvolti (i quali non adempiano spontaneamente) e questo perché nei loro confronti il ruolo non può esplicare direttamente effetto e, dunque è naturale la riespansione della giurisdizione ordinaria. Il rilievo che la giurisdizione del giudice ordinario sia giustificata dall'assenza del titolo sembra confermare, *a contrario*, che nell'esecuzione diretta in base a ruolo (o ad avviso di accertamento immediatamente esecutivo) si sia innegabilmente in presenza di un'attività espressione di autotutela amministrativa esecutiva. Ritene che la procedura esecutiva ordinaria e quella fiscale nel pignoramento presso terzi siano simili, in ragione del fatto che in entrambe l'espropriazione presso terzi è una fattispecie complessa a formazione successiva G. Costantino, *La riscossione coattiva delle imposte mediante espropriazione di crediti del contribuente*, cit., p. 450.

¹²¹ L'effetto di maggior rilievo derivante dalla formazione del ruolo «è dato dalla nascita, nell'ente impositore, del diritto ad iniziare l'esecuzione forzata. ... Il ruolo è, insomma, titolo esecutivo, che genera l'azione esecutiva. Efficacia costitutiva, quindi, del ruolo rispetto alla nascita del diritto all'esecuzione forzata». Così G. Falsitta, *Riscossione delle imposte dirette (voce)*, cit., p. 71. Si ricorda che in relazione al complessivo ambito dell'attività di riscossione esercitata mediante ruolo la Cassazione a sezioni unite ha affermato che si è in presenza di una funzione amministrativa unilaterale, nella quale la relativa iscrizione costituisce la realizzabilità e la realizzazione concreta in via amministrativa (quindi, nell'ambito dell'azione della pubblica amministrazione, con gli strumenti amministrativi a tal fine predisposti) del credito erariale. Così Cass., SS.UU., 21 novembre 1984, n. 5943, in *Foro it.*, I (1985), pp. 1722 ss.

¹²² Precisava che la legge speciale sulla riscossione «ha di mira lo scopo» del «la sollecita riscossione delle imposte» Cass. 20 maggio 1924, Altimati - Tumurolo, in *G. trib.*, 1924, p. 583. Nello stesso senso ancor prima Cass., 28 febbraio 1896, in *Imp. dir.*, 1897, p. 67; v. anche Cass. 28 novembre 1932, Napolano-Esattore, Napoli, in *G. trib.*, 1933, p. 452, citate da E. Scandale, *La riscossione delle imposte dirette*, Napoli 1940, pp. 323-324.

¹²³ Cfr. U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino 1901, pp. 138 ss.

¹²⁴ S. Romano, *Esazione delle imposte dirette (voce)*, in *Enc. giur.*, Milano 1906, pp. 1 ss. ove il chiaro Autore precisa che «tale procedura, nelle sue regole principali, è analoga a quella stabilita dalle leggi giudiziarie per l'esecuzione delle sentenze civili: il che ha spesso indotto nell'opinione erronea che l'una non sia che una modificazione della seconda suggerita da

riscossione) sulla base di un diritto già perfetto «si fa giustizia, in gran parte, da sé»¹²⁵ e nella quale l'intervento dell'organo giurisdizionale ha natura autorizzativa od ausiliaria, e quindi amministrativa, mentre esprime funzione giurisdizionale nelle parentesi di cognizione, proprie dell'esecuzione forzata e della ripartizione del ricavato¹²⁶.

criteri di *ius singulare* a favore delle pubbliche amministrazioni e dei loro concessionari: laddove si tratta di due istituti che si ricollegano a concetti e principi ben diversi, in quanto mentre l'uno è esercizio di funzione amministrativa, l'altro è conseguenza e potere che deriva dalla funzione giurisdizionale. Vero è, e lo vedremo meglio procedendo innanzi, che qualche volta non le autorità amministrative, ma le giudiziarie sono chiamate ad intervenire nel procedimento, si tratta di eccezioni che non valgono a mutare la natura di quest'ultimo. Esse sono, come si è detto, eccezioni al principio che l'esecuzione si svolge in linea amministrativa, non solo da un punto di vista obbiettivo, ma anche rispetto ai funzionari che vi partecipano». Nel senso che la riscossione coattiva ha natura amministrativa e non giurisdizionale G.A. Micheli, *Note esegetiche in tema di esecuzione esattoriale*, in AA.VV., *Studi in onore di Achille Donato Giannini*, Milano 1961, p. 717. Secondo l'illustre Studioso «La procedura esecutiva esattoriale rimane (con l'introduzione del Testo unico delle leggi sulle imposte dirette, approvato con il Decreto del Presidente della Repubblica 29 gennaio 1958, n. 645, ndr) – come lo era secondo il T.U. 1922 – un processo di autotutela “poco o punto controllata dagli organi giurisdizionali”». V. anche C. Magnani, *Sulla legittimità costituzionale dell'art. 209 del testo unico delle leggi sulle imposte dirette*, in *Dir. prat. trib.*, 2 (1962), pp. 57 ss., ove il chiaro Autore precisa che il sistema della riscossione coattiva si caratterizza per il fatto che si è in presenza di «un organo amministrativo che realizza coattivamente la propria pretesa in virtù del carattere imperativo dell'atto nel quale essa si concreta» e «secondo la terminologia tradizionale ... *omissis* ... costituisce una tipica manifestazione della esecutorietà degli atti amministrativi.»; Id., *Sulla sospensione facoltativa dell'esecuzione forzata tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2 (1962), pp. 122 ss.; Id., *Sulla legittimità costituzionale dell'art. 209, comma 2, testo unico imposte dirette*, in *Dir. prat. trib.*, II (1962), pp. 57 ss.; v. ancora S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1978, pp. 208 ss. V. inoltre, S. La Rosa, *La tutela del contribuente nella fase di riscossione dei tributi*, in *Rass. trib.*, 4 (2001), pp. 1178 ss.; A. Guidara, *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*, Milano, 2010, p. 237.; Id, voce *Riscossione dei tributi e delle sanzioni fiscali*, cit., p. 424.

¹²⁵ Cfr. E. Allorio, *Diritto processuale tributario*, cit., p. 34, ove l'insigne Autore evidenzia che si caratterizza «come autotutela ... *omissis* ... l'esecuzione forzata tributaria ... *omissis* ... soprattutto poi nell'altra sottospecie: esecuzione forzata esattoriale» nella quale, come detto, l'esattore – sulla base di un diritto già perfetto, il credito d'imposta – «si fa giustizia, in gran parte, da sé». In giurisprudenza v. C. Cost. 7 luglio 1962, n. 87, in *Riv. dir. proc.* 1962, p. 608, secondo la quale «l'esecuzione esattoriale rappresenta un caso particolare di esecuzione, diverso dall'ordinario processo esecutivo e regolato dalla legge come procedimento amministrativo». Per la Corte si tratta di «un procedimento nel quale si manifesta, più energicamente che negli altri...*omissis*...il principio dell'esecutorietà dell'atto amministrativo: un principio che, quale che sia la sua ragione giustificatrice, è certamente fondamentale nel nostro ordinamento, e comporta come conseguenza che, di regola, il giudice ordinario non possa modificare o revocare l'atto amministrativo o sospenderne l'esecuzione».

¹²⁶ In tal senso cfr. C. Glendi, *Natura giuridica dell'esecuzione forzata tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 6 (1992), pp. 2240 ss., spec. p. 2246, il quale ritiene che la riscossione esattoriale costituisca attività amministrativa sia sul piano soggettivo sia su quello oggettivo. Segnatamente il chiaro Autore esclude la natura giurisdizionale anche in ragione della

Detto istituto, pertanto, pur non essendo collocato all'interno del procedimento esecutivo, sembra presentare – al pari di altre misure cautelari tributarie (quali l'ipoteca ed il fermo)¹²⁷ – i tratti propri dell'autotutela esecutiva.

6. Le forme di tutela avverso il blocco dei pagamenti.

Muovendo dalla riconosciuta natura cautelare della misura in esame occorre affrontare il tema della carenza di tutela per il destinatario del blocco¹²⁸.

impossibilità di ottenere la restituzione di quanto pagato in pendenza di esecuzione per l'esecutato che non abbia tempestivamente impugnato il ruolo, giacché alla mancata impugnazione consegue la definitività dello stesso con la conseguente preclusione del diritto al rimborso. Detta tesi è stata poi ribadita dal chiaro Autore in occasione dei successivi interventi di modifica all'esecuzione esattoriale. Cfr. C. Glendi, *Verso una nuova esecuzione forzata tributaria*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 6 (2006), pp. 465 ss.; Id., *La "nuova" espropriazione dei crediti del debitore verso terzi nell'esecuzione forzata tributaria*, in *Corr. trib.*, 3 (2007), pp. 263 ss. Circa i limiti alla tutela giurisdizionale in capo al contribuente durante la fase espropriativa, già a proposito della questione di legittimità costituzionale che si era posta con riferimento all'art. 209, comma 2, del T.U. delle leggi sulle imposte dirette, nell'esecuzione esattoriale (disposizione con la quale si escludeva l'opposizione giudiziale all'esecuzione esattoriale e ad agli atti esecutivi), si osservava che «l'inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione non solo non esclude o limita la tutela giurisdizionale ma si inquadra razionalmente nel sistema della riscossione coattiva la quale secondo la terminologia tradizionale costituisce una tipica manifestazione della esecutorietà degli atti amministrativi». Così C. Magnani, *Sulla legittimità costituzionale dell'art. 209 del T.U. delle leggi sulle imposte dirette*, in *Dir. prat. trib.*, II (1962), pp. 59 ss. Il chiaro Autore alla luce di queste premesse riteneva di potere concludere che «l'autorevole affermazione secondo la quale nella specie "la garanzia giurisdizionale, che normalmente spetta al soggetto passivo dell'esecuzione forzata ha subito una grave restrizione" (A.D. Giannini, *Ricorso contro il provvedimento dell'intendente di finanza di sospensione degli atti esecutivi fiscali*, in *Riv. it. dir. fin.*, II [1942], p. 62) sia frutto di un equivoco, nel senso che l'impossibilità di "proporre nel processo esecutivo alcuna istanza o eccezione, riguardante il merito della pretesa tributaria o la validità degli atti esecutivi" non si concreta in una limitazione intrinseca di tutela ma costituisce semplicemente il riflesso processuale del potere sostanziale attribuito alla pubblica amministrazione di eseguire coattivamente le proprie pretese. In tale equivoco è caduta l'ordinanza in rassegna».

¹²⁷ Cfr. L. Del Federico, *Ipoteca e fermo nella riscossione: tra salvaguardia dell'interesse fiscale e tutela del contribuente*, in *Giust. trib.*, 3 (2007), pp. 427 ss. il quale ritiene che nell'ambito tributario, le misure cautelari presenterebbero «tutte le peculiarità proprie dei procedimenti cautelari settoriali, specificamente introdotti e disciplinati tenendo conto, tra gli altri, dell'interesse fiscale, della natura spiccatamente pubblicistica del rapporto Fisco-contribuente e dell'assetto della riscossione tributaria».

¹²⁸ Ritiene che la «reazione processuale consentita al debitore/creditore bloccato» sia carente M. Basilavecchia, *Il blocco dei pagamenti della Pubblica amministrazione*, cit., p. 2662, secondo il quale però «le inadeguatezze della tutela giurisdizionale non possono rovesciarsi in critica di una disposizione che rende efficiente l'azione amministrativa di recupero delle somme iscritte a ruolo, contribuendo a superare una cronica inutilità delle procedure esecutive».

A riguardo giova subito precisare che la temporaneità della misura, l'assenza di discrezionalità in senso stretto ovvero la natura per così dire "necessitata" dell'atto, il quale deve essere adottato in presenza delle condizioni stabilite dalla legge, non giustificano la mancata notifica al destinatario del provvedimento di blocco né *a fortiori* il difetto di tutela. I suddetti caratteri incidono indubbiamente sulla ampiezza della motivazione e sui vizi eccepibili avverso un simile atto, per il quale potrebbe cioè ritenersi rispettivamente esclusa la necessità di una specifica motivazione in ordine alle ragioni dell'urgenza (identificate, come detto, *ex lege* nella situazione di inadempienza) e la possibilità di ravvisare ipotesi di eccesso di potere. Ma ciò non toglie che il provvedimento, in quanto lesivo della sfera giuridica del destinatario, debba in linea di principio potere essere sottoposto al controllo giurisdizionale, al fine di verificare il corretto esercizio del potere cautelare innanzitutto nel momento del c.d. accertamento "qualificativo" delle inadempienze di natura tributaria ed extra tributaria.

Non è da escludere, infatti, che l'agente della riscossione possa compiere "errori" nell'apprezzamento della condizione di inadempimento a causa di un non corretto scrutinio degli elementi in fatto¹²⁹ o ancora in ragione di opinabili valutazioni in diritto. Invero l'attività dell'agente della riscossione non consiste nella mera riproduzione delle informazioni risultanti dai sistemi informativi ma comporta, come detto, una valutazione di detti dati alla stregua delle regole sulle modalità e sui tempi dell'adempimento¹³⁰; e poiché, peraltro, talune di queste regole risultano di non univoca interpretazione¹³¹, può ben accadere che

¹²⁹ Basti pensare ad esempio alle ipotesi in cui non sia stato trasmesso dall'ente creditore all'agente della riscossione lo sgravio della pretesa o ancora l'ordinanza di sospensione giurisdizionale dell'atto adottata in un processo al quale quest'ultimo non abbia preso parte, oppure al caso di errore nell'imputazione di un pagamento effettuato dal debitore.

¹³⁰ Il riferimento è, come è evidente, non solo ai precetti di cui all'art. 25 del d.p.r. n. 602/73 e/o all'art. 29 del d.l. n. 78/2010, ma anche ad esempio a quelli contenuti nell'art. 47 del d.lgs. n. 564/92 e nell'art. 19 del d.p.r. n. 602/73.

¹³¹ Basti pensare alle incertezze connesse alla qualificazione dell'inadempimento nel caso di somme recate da avvisi di accertamento immediatamente esecutivi oppure nell'ipotesi di presentazione, prima della scadenza del termine per pagare, dell'istanza di rateazione ex art. 19 del d.p.r. n. 602/73 di somme recate da cartella di pagamento poi «oggetto di verifica ex art. 48 bis». A tal proposito il problema potrebbe porsi in ragione della non chiara formulazione della disposizione nella parte in cui sembra stabilire che «per le somme oggetto di verifica ai sensi dell'articolo 48 bis» non possa essere concessa la dilazione. L'uso del sintagma «oggetto di verifica» sembrerebbe deporre nel senso che, se nelle more del procedimento di valutazione della domanda di dilazione presentata dal contribuente l'agente della riscossione riceva una richiesta ex art. 48 bis, la dilazione non possa essere concessa anche qualora l'istanza fosse antecedente alla scadenza del termine per il pagamento, *id est* anche qualora il contribuente non fosse inadempiente al momento della richiesta di rateazione. Altrimenti detto la questione è se in un'ipotesi di tal genere la presentazione

l'esito di siffatta attività sia controvertibile.

A ciò si aggiunga che la previsione di cui al primo comma dell'art. 48 *bis* – laddove dispone l'obbligo di verifica «prima di effettuare, a qualunque titolo, il pagamento di un importo superiore a cinquemila euro» – è solo apparentemente chiara¹³² e che l'interpretazione della nozione di “pagamento” prospettata dall'amministrazione non è del tutto condivisibile¹³³.

dell'istanza abbia l'effetto di cristallizzare la situazione fino alla decisione sulla rateazione da parte dell'agente. Se si ritiene che siffatto effetto si produca solo per le somme rateizzabili e che tali non siano quelle «oggetto di verifica», allora dovrebbe affermarsi che, qualora nelle more del procedimento di valutazione dell'istanza di dilazione venga a scadere il termine per l'adempimento, l'agente della riscossione che riceve una richiesta *ex art. 48 bis* non possa concedere la rateazione del debito a ruolo, stante l'individuazione di una provvista atta a soddisfare in tempi rapidissimi la pretesa a ruolo. In tal modo però dal comportamento più o meno tempestivo ed efficiente dell'agente deriverebbero conseguenze estremamente incisive nella sfera giuridica del contribuente; il che sembra contrario ai principi di una buona amministrazione. Sul punto sia consentito rinviare a M.G. Ortoleva, *L'adempimento del debito iscritto a ruolo*, Torino 2017, pp. 211-216. In giurisprudenza v. T.a.r. Puglia, 15 gennaio 2019, n. 57, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sugli effetti della presentazione dell'istanza di rateazione v. A. Guidara, *Le dilazioni di pagamento dei tributi*, Catania 2012, pp. 133-136, secondo il quale «la presentazione della domanda sospende l'efficacia del ruolo, almeno fintanto che l'ufficio non si pronunci su di essa; si tratterebbe, più esattamente, di una sospensione sottoposta a condizione risolutiva, *id est* il rigetto da parte dell'ufficio del beneficio richiesto».

¹³² L'ipotesi di errata “attivazione” della verifica *ex art. 48 bis* è peraltro presa in considerazione dalla stessa amministrazione centrale dello Stato, la quale nella circolare dell'8 ottobre 2009, n. 29 indica alle amministrazioni pubbliche la condotta da adottare in tali casi. In specie ivi si afferma che, per non recare un indebito nocumento al beneficiario, l'amministrazione «possa comunque dare seguito al pagamento senza attendere il termine di trenta giorni di cui all'articolo 3, comma 4, del decreto ministeriale n. 40/2008», dandone però previa comunicazione («adeguatamente motivata») all'agente della riscossione «e, nel caso sia già stato notificato l'atto di pignoramento ai sensi dell'articolo 72 *bis* del D.P.R. n. 602/1973, anche al competente agente della riscossione», affinché «possa essere evitata l'attivazione della prevista procedura esecutiva» e al contempo non sia pregiudicata l'attività di riscossione. Di tale comunicazione dovrebbe prendere atto l'agente della riscossione, il quale «disporrà l'estinzione della procedura già avviata, provvedendo nel contempo ad avviare le opportune iniziative parimenti dirette alla riscossione dei crediti indicati nelle cartelle di pagamento inesitate». Così Circolare Min. economia e finanze - Dip. Ragioneria Generale dello Stato, 8 ottobre 2009, n. 29.

¹³³ In ragione della normativa attuativa vigente si ritiene invero che le somme passibili di sospensione siano solo quelle per le quali può esercitarsi l'azione di recupero coattivo ad opera dell'agente della riscossione mediante la notifica dell'ordine di versamento di cui all'art. 72 *bis* citato e che quindi siano esclusi dall'ambito di operatività della misura i crediti pensionistici. Dello stesso avviso sembra essere M. Basilavecchia, *Il blocco dei pagamenti della Pubblica amministrazione*, cit., p. 2660, secondo il quale «salvo il caso di pensioni» la natura del debito «non sembra che possa incidere, per escludere l'obbligo di verifica». A opposte conclusioni giunge l'amministrazione la quale in risposta ai dubbi sollevati sul punto da taluni enti ha ritenuto le pensioni passibili di sospensione, adducendo a sostegno di detta tesi vari argomenti fra i quali quello dell'autonomia precettiva e applicativa della misura di cui all'art. 48 *bis* rispetto al pignoramento *ex art. 72 bis* del d.P.R. n. 602/73. Cfr. Così

Sulla base di siffatte considerazioni sembra innegabile, stante l'immediata lesione del diritto del beneficiario del pagamento, l'esigenza di assicurare avverso il provvedimento di sospensione una tutela immediata¹³⁴. Il differimento della stessa al momento successivo dell'opposizione al pignoramento *ex art. 72 bis* si rivela all'uopo inadeguato¹³⁵ a causa innanzitutto della mancata previsione dell'obbligo di notifica dell'ordine di pagamento al debitore esecutato¹³⁶ e, poi, dei limiti alla tutela cautelare nell'ambito della

Circolare Min. economia e finanze - Dip. Ragioneria Generale dello Stato, 8 ottobre 2009, n. 29, citata. Sul significato della nozione di pagamento e sulle questioni connesse alla sua individuazione si rinvia a M.G. Ortoleva, *Considerazioni preliminari sulla sospensione dei pagamenti*, cit., pp. 299-318.

¹³⁴ È senz'altro condivisibile la tesi prospettata da autorevole dottrina secondo la quale è «sul fronte della effettività ed immediatezza della tutela cautelare, soprattutto contro il ruolo, che la battaglia va condotta, inducendo le Commissioni tributarie a trattare con immediatezza le istanze cautelari e a circondare le ordinanze di un concreto contenuto inibitorio verso l'Amministrazione». Così M. Basilavecchia, *Il blocco dei pagamenti della Pubblica amministrazione*, cit., p. 2663. Ed in questa prospettiva l'introduzione della disposizione di cui all'art. 7, co. 1, lett. m) del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (convertito con legge 12 luglio 2011, n. 106), ai sensi del quale «In caso di richiesta di sospensione giudiziale degli atti esecutivi, non si procede all'esecuzione fino alla decisione del giudice e comunque fino al centovesimo giorno» (attenuazione del principio del "*solve et repete*"), è certamente opportuna, in quanto preclude che l'agente della riscossione, nelle more della trattazione dell'istanza di sospensione della cartella di pagamento o dell'avviso di accertamento immediatamente esecutivo, possa procedere alla notifica dell'ordine di versamento *ex art. 72 bis* al *debitor debitoris*. Non sembra tuttavia che l'immediatezza della tutela cautelare sulla cartella di pagamento e/o la previsione di cui al citato art. 7 possano garantire una piena tutela al destinatario della misura in esame. Invero, la prima non consente comunque di rimediare agli errori ad esempio della fase della verifica dell'inadempimento; la seconda "sospende" per così dire l'esecuzione vera e propria ma non anche l'assunzione del blocco, essendo questo prodromico alla esecuzione.

¹³⁵ Ritiene invece che il contribuente possa far valere gli eventuali diritti lesi dal provvedimento dell'agente della riscossione soltanto quando ne avrà notizia con la notifica dell'ordine di versamento di cui all'art. 72 *bis* B. Denora, *Il blocco dei pagamenti delle Amministrazioni pubbliche*, cit., p. 260.

¹³⁶ Vero è che la Cassazione con la sentenza 13 febbraio 2015, n. 2857 (in *Dir. prat. trib.*, 2 [2016], p. 822, con commento di N. Lancelotti, *Sulla durata, per il terzo pignorato, della procedura esecutiva mobiliare promossa dall'agente della riscossione nel confronto con la procedura esecutiva ordinaria*) ha condiviso il rilievo secondo il quale un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione impone di ritenere che «necessario destinatario della notificazione dell'ordine di pagamento debba essere anche il debitore esecutato», ma – come osservato da autorevole dottrina – questa «tesi non costituisce ancora diritto vivente». Così G. Tabet, *In tema di pignoramento "a sorpresa"*, in *Rass. trib.*, 4 (2017), pp. 1114 ss., spec. p. 1119, ove il chiaro Autore – commentando la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 5 giugno 2017, n. 13913 – osserva che «Resta però l'interrogativo di quale percorso debba essere seguito quando la sorpresa» dell'omessa o invalida notifica della cartella di pagamento «si celi dietro un pignoramento presso terzi». In questo caso infatti, «mancando un qualunque atto impugnabile, viene allora da stigmatizzare che la sorpresa non si discosta molto dalla beffa!». Sull'effettività della tutela del debitore esecutato cfr. anche M. Basilavecchia, *Le modalità del pignoramento presso terzi sono a discrezione*

procedura esecutiva esattoriale¹³⁷ e della rapidità del procedimento di pignoramento speciale¹³⁸.

L'assenza di un'esplicita previsione dell'obbligo di comunicazione non può certo valere ad escludere la necessità di un controllo giurisdizionale sulla legittimità di tale misura.

L'obbligo di comunicare gli atti amministrativi si ricava invero innanzitutto dal principio comunitario di buona amministrazione recepito nell'ordinamento nazionale dall'art. 1 della l. n. 241/90¹³⁹, poi dall'obbligo di conclusione del procedimento con un provvedimento espresso di cui all'art. 2 della stessa legge¹⁴⁰ e dal principio generale di pubblicità¹⁴¹, il quale secondo la Consulta fa parte del patrimonio costituzionale comune dei paesi europei¹⁴². Esso inoltre è

dell'agente della riscossione, in *Corr. trib.*, 2009, pp. 327 ss.

¹³⁷ L'art. 60 del d.p.r. n. 602/73 subordina invero la sospensione del processo esecutivo alla sussistenza non solo di «gravi motivi», come è previsto dall'art. 624 c.p.c., ma anche di un «fondato pericolo di grave e irreparabile danno».

¹³⁸ Poiché l'atto di pignoramento dei crediti del debitore verso terzi di cui all'art. 72 *bis* contiene, in luogo della citazione di cui all'art. 543, co. 2, n. 4, c.p.c., l'ordine al terzo di pagare il credito direttamente all'agente, potrebbe accadere che il terzo abbia già corrisposto all'agente della riscossione le somme oggetto di blocco *ex art. 48 bis* prima che il giudice dell'esecuzione si pronunci sull'istanza di sospensione proposta dal debitore esecutato. Sul punto v. G. Marini, *Blocco dei crediti, ordine di pagamento al fisco ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pp. 536-537, secondo il quale in tale ipotesi «il processo esecutivo dovrà ... considerarsi chiuso, con la conseguenza che il giudice dell'esecuzione non potrà più provvedere (né, d'altronde, avrebbe motivo di provvedere) in ordine alla sospensione eventualmente proposta». Sul tema v. A. Zuccarello, *Ordine di pagamento rivolto al terzo e tutela giurisdizionale del contribuente esecutato*, in *Riv. dir. trib.*, 2 (2018), pp. 123 ss.

¹³⁹ In tal senso v. A. Rallo, *Contributo allo studio della comunicazione dell'atto amministrativo*, Napoli 2008, p. 131. L'A. ritiene in specie che gli obblighi di risposta siano parte integrante del principio di buona amministrazione comunitaria e che pertanto «le comunicazioni dei provvedimenti amministrativi indipendentemente dal loro contenuto lesivo, siano attratti nell'ordinamento interno attraverso il richiamo a questi contenuto nell'art. 1 della L. 241».

¹⁴⁰ Cfr. B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Milano 2003, p. 883, il quale sostiene che «l'obbligo di comunicare l'avvenuta emanazione del provvedimento non è che un aspetto dell'obbligo di provvedere» previsto dalla citata disposizione. In termini v. anche A. Rallo, *Contributo allo studio della comunicazione dell'atto amministrativo*, cit., pp. 129-130 secondo il quale con la disposizione in esame «viene esclusa ogni facoltatività dell'azione amministrativa, che deve necessariamente chiudersi con un'esplicita esternazione della volontà regolatrice dell'amministrazione». In giurisprudenza cfr. Corte Costituzionale, 17 marzo 2016, n. 104, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 169, con nota di B.G. Mattarella.

¹⁴¹ Cfr. A. Rallo, *Contributo allo studio della comunicazione dell'atto amministrativo*, cit., pp. 133-136.

¹⁴² Cfr. Corte Costituzionale, 17 marzo 2016, n. 104, cit., ove si precisa che i doveri di comunicazione dei provvedimenti amministrativi costituiscono applicazione di detto principio. Secondo la Consulta inoltre l'obbligo di comunicazione degli atti amministrativi costituisce una regola desumibile sin dal testo originario della legge n. 241/90. Dello stesso

ora espressamente previsto dall'art. 21 *bis* della l. n. 241/90¹⁴³, sebbene non per la generalità dei provvedimenti, come auspicato dalla dottrina¹⁴⁴, ma solo per il «provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati»¹⁴⁵, qual è certamente, come detto, quello in esame. Vero è che ai sensi dell'ultimo alinea di detta disposizione «I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci», questo precetto però, lungi dal consentire l'omessa comunicazione del provvedimento cautelare, ne conferma la necessità anche se solo in funzione dell'esigenza di garantire un'immediata tutela. Siffatta previsione invero, stabilendo che i provvedimenti cautelari, proprio in ragione dell'urgenza che li

avviso è parte della dottrina. In tal senso v. G. Gardini, *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi e il tramonto dell'atto amministrativo recettizio "per natura"*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, p. 829 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sull'obbligo di comunicazione alla luce della legge n. 241/90 antecedentemente alla novella del 2005 v. A. Rallo, *Contributo allo studio della comunicazione dell'atto amministrativo*, cit., pp. 19 ss.

¹⁴³ Sull'art. 21 *bis* della l. n. 241/90 v. Scoca, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in Clemente di San Luca (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino 2005, p. 235; F. Macioce, *Esame dell'art. 21 bis*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano 2005, pp. 811 ss.; S. Cogliani, *Commento all'art. 21 bis l. n. 241/90*, in AA.VV., *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, Padova 2006, pp. 765 ss.; A. Inastasi, *L'efficacia del provvedimento della sfera giuridica dei privati*, in *Giurisprudenza Amministrativa*, 5 (2006), pp. 103 ss.; A. Rallo, *Contributo allo studio della comunicazione dell'atto amministrativo. Profili strutturali e valori procedimentali*, Napoli 2008, *passim*, spec. pp. 59-74; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di Diritto amministrativo*, Milano 2009, p. 476; G. Gardini, *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi e il tramonto dell'atto amministrativo recettizio "per natura"*, cit., p. 829.

¹⁴⁴ In dottrina si è osservato in specie che con novella di cui alla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e in specie con l'introduzione dell'art. 21 *bis* nella legge n. 241/90 «il legislatore avrebbe potuto fissare, una volta per tutte, un obbligo generale di comunicazione degli atti amministrativi (compresi quelli favorevoli)». Così G. Gardini, *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi e il tramonto dell'atto amministrativo recettizio "per natura"*, cit., p. 829.

¹⁴⁵ Sul significato della locuzione v. G. Gardini, *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi*, cit., p. 836, secondo il quale devono ritenersi limitativi «non solo i provvedimenti che recano una lesione in senso stretto o una *deminutio* del patrimonio giuridico, ma anche quelli dotati di un impatto genericamente «sfavorevole» ai destinatari». Secondo l'A. in specie il legislatore, al fine di conciliare le diverse esigenze di garanzia e efficienza che circondano l'agire pubblico, avrebbe previsto la comunicazione «a pena di inefficacia tutti gli atti caratterizzati da una «incidenza negativa» nei confronti dei destinatari», e non anche di quelli favorevoli. In termini v. F. Macioce, *Esame dell'art. 21-bis*, cit. p. 813. Secondo S. Cogliani, *Commento all'art. 21 bis l. n. 241/90*, cit., p. 768, l'art. 21-bis distingue «i provvedimenti che limitano la sfera giuridica dei privati e quelli privi di tale effetto. I primi, che debbono farsi rientrare nella generale categoria dei provvedimenti ablativi, diventano efficaci, nella sfera del privato, solo dal momento della comunicazione dell'atto, i secondi con il mero perfezionamento dell'atto stesso».

caratterizza, producono l'effetto per il quale sono assunti fin dalla loro adozione (e non da quando il destinatario ne ha avuto giuridica conoscenza), per un verso presuppone (e non potrebbe essere altrimenti) che essi siano comunicati¹⁴⁶, per l'altro assume che per i suddetti provvedimenti la comunicazione non ha una funzione costitutiva degli effetti¹⁴⁷.

Alla stregua di tali canoni dovrebbe ritenersi che in presenza di un provvedimento limitativo della sfera giuridica del destinatario sia compito dell'interprete, laddove manchi l'espressa previsione della sua comunicazione, denunciarne l'esigenza al fine di garantire il rispetto dei più elementari principi generali e costituzionali. Se questo è vero, allora, stante la natura e gli effetti della misura in esame, non pare possa dubitarsi della obbligatorietà della comunicazione del provvedimento di sospensione¹⁴⁸ e con esso di quello "presupposto" con il quale l'agente segnala all'amministrazione debitrice l'esistenza della accertata condizione di inadempimento¹⁴⁹, anche in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 6 dello Statuto del contribuente, il

¹⁴⁶ In tal senso v. A. Rallo, *Contributo allo studio*, cit., p. 105. L'A. precisa che l'art. 21 bis «non è, ontologicamente e teleologicamente, una norma in tema di comunicazione formale, bensì norma in tema di conseguenze della mancata comunicazione dell'atto lesivo (o limitativo) della sfera giuridica ed economica del destinatario» e sotto tale profilo è «una (essenziale) disposizione di tutela (anche amministrativa, per gli arresti procedurali e) soprattutto giurisdizionale per il destinatario del provvedimento lesivo, che non sarà efficace – e dunque neppure decorreranno i termini di impugnazione – in assenza di una comunicazione». In particolare secondo l'A. l'affermazione della Corte Costituzionale secondo la quale l'obbligo di comunicazione dei provvedimenti amministrativi è un'applicazione del principio di pubblicità costituisce «un importante e determinante tassello verso l'affermazione del dovere di informazione gravante sull'amministrazione in ordine all'adozione del provvedimento finale» e «consente di ritenere che un onere di portata generale (e più ampia) rispetto a quanto positivizzato nella norma limitativa dell'efficacia degli atti non comunicati sia ancora sostenibile: tanto più laddove, come si è visto, l'art. 21 bis si può qualificare come norma sull'efficacia del provvedimento e non sulla comunicazione degli atti». Così A. Rallo, *Contributo allo studio*, cit., p. 137.

¹⁴⁷ Cfr. S. Coglianì, *Commento all'art. 21 bis l. n. 241/90*, cit., p. 770, secondo il quale «nell'atto recettizio, la conoscenza diviene parte integrante dell'atto o forma essenziale dello stesso; negli atti non recettizi, essa rimane esterna all'atto, dunque, la conoscenza costituisce un'operazione, che integra un procedimento dichiarativo e non costitutivo». In forza di detta disposizione la comunicazione delle misure cautelari sarebbe funzionale, non all'efficacia della misura, ma all'esercizio del diritto di difesa.

¹⁴⁸ A tale conclusione può giungersi già solo sulla base della norma di cui all'art. 2 della legge n. 241/90. Essa invero, imponendo all'amministrazione di concludere tutti i procedimenti legittimamente avviati con un atto dal quale si possano evincere le ragioni della decisione stessa, comporta nel caso l'obbligo per la p.a., la quale avvia il procedimento di verifica di cui all'art. 48 bis, di comunicarne l'esito al destinatario, beneficiario del pagamento.

¹⁴⁹ Sulla natura provvedimentale della comunicazione dell'agente della riscossione v. *infra* paragrafo 1. In giurisprudenza v. T.A.R. Lazio, sent. n. 7523/2013, cit., secondo il quale si tratterebbe di un atto impugnabile e appartenente alla sua giurisdizione. Nello stesso senso Cons. Stato, sentenza n. 4694/2014, citata.

quale, come noto, prevede che debba essere garantita l'effettiva conoscenza da parte del contribuente degli atti a lui destinati¹⁵⁰.

Una conferma della fondatezza di siffatta conclusione può trarsi dalle vicende in materia di fermo amministrativo generale. In mancanza di un'espressa previsione di legge e nonostante l'orientamento contrario della prassi¹⁵¹, la dottrina, prima, e la giurisprudenza, poi, hanno escluso che la sospensione del pagamento fosse un atto meramente interno e hanno affermato l'obbligo della sua comunicazione al destinatario e il diritto di quest'ultimo alla impugnazione¹⁵².

¹⁵⁰ Secondo la giurisprudenza di legittima è un principio generale, caratterizzante qualsiasi sistema di civiltà giuridica, quello che «assume la doverosità della comunicazione di tutti gli atti lesivi della sfera giuridica del cittadino» e le norme dello Statuto, in quanto dirette ad «improntare l'attività dell'amministrazione finanziaria alle regole dell'efficienza e della trasparenza» e ad «assicurare l'effettività della tutela del contribuente nella fase del procedimento tributario», sostanzialmente «riproducono, con riferimento ad uno speciale procedimento amministrativo, alcune delle fondamentali regole dettate dalla legge n. 241 del 1990 sul procedimento in generale». Così Cass., SS.UU., 18 settembre 2014, n. 19667, in *GT – Riv. giur. trib.*, 12 (2014), pp. 937 ss. con commento di F. Tundo, *Diritto al contraddittorio endoprocedimentale anche in assenza di previsione normativa*. Sul punto v. anche Cass., 26 febbraio 2013, n. 4777 (in *Dir. prat. trib.*, 5 (2013), pp. 819 ss., con nota di C. Nouvion, *L'ipoteca esattoriale» tra interventi legislativi e nomofilattici. Nuove tutele per il contribuente in una disciplina marcatamente favor fisci anche in sede fallimentare*) ove i massimi Giudici – dopo avere ribadito che la legge n. 241/90 detta una serie di norme a tutela del cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione e che «le sue prescrizioni debbono essere ritenute applicabili anche ai rapporti con l'amministrazione finanziaria, nei limiti in cui siano di agevole applicazione e non compromettano nella loro essenza le finalità pubbliche perseguite» – affermano che proprio nell'adozione di misure strumentali all'esecuzione esattoriale (le quali sono poste a garanzia e a tutela dei crediti tributari e possono gravemente compromettere i diritti individuali) occorre che «siano rigorosamente rispettati sia il principio di legalità, tramite la stretta osservanza delle procedure stabilite; sia gli adempimenti di carattere generale diretti allo scopo di permettere all'esecutato di far valere le sue ragioni». Sulla base di tali principi la Corte ritiene corretta la sentenza del giudice di seconde cure laddove ha ritenuto che ai sensi dell'art. 3, co. 4, della legge n. 241 del 1990 nella comunicazione dell'avvenuta iscrizione ipotecaria avrebbero dovuto essere indicati i termini e le modalità con cui può proporre opposizione e far valere le sue ragioni.

¹⁵¹ Cfr. Ris. min. 14 ottobre 1974, n. 150669 ove si affermava che «le Amministrazioni dello Stato non sono obbligate a comunicare il relativo provvedimento all'interessato. D'altra parte, in relazione alla suesposta natura del provvedimento, non sembra ammissibile alcuna opposizione da parte dell'interessato il quale, invece, potrà eventualmente esercitare tale facoltà avverso il provvedimento definitivo».

¹⁵² In tal senso v. R. Viggiano, *Il cosiddetto "fermo amministrativo"*, cit., p. 49 secondo il quale, al fine di mettere il terzo creditore della amministrazione in condizione di tutelare i propri interessi attraverso la via sia dei ricorsi amministrativi che di quelli giurisdizionali, occorre che il provvedimento di sospensione del pagamento contenga le «ragioni giustificative» della sua adozione e sia comunicato al destinatario. In termini v. anche L. Montel, *op. cit.*, p. 3 e G. Ingraio, *La tutela della riscossione dei crediti tributari*, cit., pp. 169-170. Quest'ultimo in specie sottolinea che «il provvedimento di fermo è la risultante di un procedimento amministrativo, comunque frutto di valutazioni, che deve avvenire nel rispetto

Si consideri poi che per le altre misure cautelari nella disponibilità dell'agente della riscossione, *id est* per l'ipoteca e il fermo dei beni mobili registrati di cui rispettivamente agli artt. 77 e 86 del d.p.r. 602/73, sono previsti *ex lege* l'obbligo di notificazione di una comunicazione ancorché preventiva, contenente cioè l'avviso che, in mancanza del pagamento delle somme dovute entro il termine di trenta giorni, «sarà iscritta l'ipoteca»¹⁵³ o «sarà eseguito il

dei principi di legalità, imparzialità e trasparenza di cui alla legge n. 241/90, in grado di determinare una lesione attuale della sfera giuridica del soggetto»; sicché, prosegue l'A., esso deve essere «adeguatamente motivato» e «notificato al contribuente anche al fine di consentire il sindacato sulle valutazioni compiute dalla Pubblica amministrazione». In giurisprudenza v. *ex multis* Cass., 11 novembre 2011, n. 23601 (in *Corr. trib.*, 9 (2012), p. 637 con nota di M. Basilavecchia, *Necessaria l'adozione del provvedimento formale per sospendere i rimborsi*) ove si afferma che la sospensione del pagamento delle somme dovute dall'amministrazione «non può prescindere dall'adozione di un provvedimento formale, emesso, nell'esercizio di un potere discrezionale, dall'autorità competente e dotato dei requisiti prescritti dalla legge, compresa una adeguata motivazione in ordine al *fumus boni iuris* della vantata "ragione di credito"; tale provvedimento, poi, deve ovviamente essere portato a legale conoscenza dell'interessato per garantire a quest'ultimo la necessaria tutela giurisdizionale (anche cautelare, come prevede l'art. 23 cit., comma 3), al fine di ottenerne, a seconda dei casi, l'annullamento o la disapplicazione». In termini v. anche Cass., SS.UU., 7 febbraio 2002, n. 1733, con commento G. Frasoni – P. Russo, *Giurisdizione tributaria*, in *il fisco*, 28 (2002), pp. 4542 ss.; Cass., SS.UU., 5 agosto 2010, n. 18208, in *Rass. trib.*, 4 (2011), p. 995, con commento S. Garau, *Sulla inopponibilità del fermo amministrativo in sede di ottemperanza motivazione*.

¹⁵³ Art. 77, co. 2 *bis*, del d.P.R. n. 602/73, introdotto con l'art. 7, co. 2, lett. u *bis*), d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106). Sulla portata di siffatta disposizione è poi intervenuta la Corte di Cassazione a Sezioni unite, la quale con la citata sentenza 18 settembre 2014, n. 19667 ha dichiarato che essa «non "innova" (soltanto) – se non sul piano formale – la disciplina dell'iscrizione ipotecaria, ma ha (anche e prima ancora) una reale "valenza interpretativa", in quanto esplicita in una norma positiva il precetto imposto dal rispetto del principio fondamentale immanente nell'ordinamento tributario che prescrive la tutela del diritto di difesa del contribuente mediante l'obbligo di attivazione da parte dell'amministrazione del "contraddittorio endoprocedimentale" ogni volta che debba essere adottato un provvedimento lesivo dei diritti e degli interessi del contribuente medesimo». Per la Corte l'amministrazione è, dunque, tenuta al rispetto di tale principio «indipendentemente dal fatto che ciò sia previsto espressamente da una norma positiva», sicché deve considerarsi nullo l'atto adottato senza la preventiva comunicazione al destinatario. Sull'obbligo di comunicazione preventiva in dottrina v. *ex multis* M.V. Serranò, *Nullità dell'iscrizione ipotecaria in assenza di comunicazione preventiva*, in *Dir. prat. trib.*, 2018, pp. 420 ss.; L. Lovecchio, *L'obbligo di comunicazione preventiva all'iscrizione di ipoteca si applica nella procedura di espropriazione?*, in *Corr. trib.*, 2013, pp. 36 ss.; A. Carinci, *L'iscrizione di ipoteca oltre l'anno dalla notifica della cartella di pagamento tra conferme giurisprudenziali e (impliciti) spunti problematici*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 12 (2012), pp. 940 ss. Sull'esistenza nel nostro ordinamento di un principio immanente che prescrive l'obbligo di attivazione del contraddittorio endoprocedimentale la Corte di Cassazione ha successivamente mutato indirizzo, affermando che «Differentemente dal diritto dell'Unione europea, il diritto nazionale, allo stato della legislazione, non pone in capo all'Amministrazione fiscale che si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente, in assenza di specifica prescrizione, un generalizzato obbligo di contraddittorio

fermo»¹⁵⁴, nonché l'impugnabilità dei relativi provvedimenti davanti al giudice tributario qualora il credito a tutela del quale sono assunti abbia natura tributaria¹⁵⁵.

Queste ultime considerazioni dimostrano l'esigenza di garantire al destinatario delle misure cautelari una tutela immediata e confermano per altra via che il blocco, pur essendo atto non recettizio e non "discrezionale", in quanto lesivo della sfera giuridica del destinatario debba essere comunicato a questi al fine di consentirgli di ottenere una tutela immediata e di evitare gli effetti di un pignoramento ritenuto illegittimo¹⁵⁶.

6.1... quella amministrativa.

A tal proposito, passando all'indagine sulle forme di tutela ravvisabili avverso la misura in esame, occorre innanzitutto interrogarsi sulla possibilità del destinatario di avvalersi della sospensione legale della riscossione ai sensi dell'art. 1, commi da 537 a 543, della legge n. 228/2012 (legge di stabilità 2013)¹⁵⁷, allorché la causa della asserita illegittimità del provvedimento

endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, l'invalidità dell'atto. Ne consegue che, in tema di tributi "non armonizzati", l'obbligo dell'Amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, pena l'invalidità dell'atto, sussiste esclusivamente in relazione alle ipotesi, per le quali siffatto obbligo risulti specificamente sancito». Così Cass., Sez. Unite, 9 dicembre 2015, n. 24823, in *Dir. prat. trib.*, 1 (2016), p. 241 con nota di E. De Mita, *Sul contraddittorio le Sezioni Unite scelgono una soluzione «politica»*, nonché in *Corr. trib.*, 7 (2016), p. 486 con nota di M. Beghin.

¹⁵⁴ Cfr. art. 86, co. 2, del d.P.R. n. 602/73, come modificato dall'art. 52, co. 1, lett. m *bis*, del d.l. n. 69/2013 (convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98). Anteriormente a siffatta modifica il citato comma 2 prevedeva la comunicazione al debitore del provvedimento che dispone il fermo. L'opportunità di introdurre l'obbligo di notifica al debitore del fermo cosiddetto amministrativo del veicolo, oltre che del preavviso di fermo, è stata di recente inopportunitamente esclusa sulla base di ragioni di ordine pratico, poiché si «configurerebbe un adempimento aggiuntivo a carico dell'agente della riscossione, ultroneo rispetto a quelli già previsti dal sopracitato articolo 86» e il cui onere, ove il credito risultasse inesigibile, graverebbe «sul singolo ente pubblico creditore, determinandosi comunque, in tale ultima ipotesi, comunque un onere per la collettività». Così Commissione VI Finanze, Risposta a Interrogazione n. 5-01178 del 23 gennaio 2019, in *www.camera.it*.

¹⁵⁵ Cfr. art. 19, co. 1, lettere e *bis* ed e *ter*, del d.lgs. n. 546/92, inserite dall'art. 35, co. 26 *quinqüies*, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248).

¹⁵⁶ Esse confermano inoltre l'impugnabilità del provvedimento da parte del destinatario che ne sia venuto comunque a conoscenza.

¹⁵⁷ Sul tema v. A. Carinci, *Introduzione del silenzio assenso all'istanza di autotutela e modifiche al sollecito per i crediti minori*, in *Corr. trib.*, 3 (2013), p. 234; Id., *Automatico discarico dei ruoli per inerzia dell'ente impositore - Riscossione - Primi riscontri giurisprudenziali sul silenzio assenso all'istanza di autotutela*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 8 (2017), p. 703.; M. Basilavecchia, *Sospensione legale della riscossione: un percorso parallelo*

consista in una di quelle ivi espressamente previste, *id est* nell'inesistenza del debito a ruolo o nell'insussistenza della situazione di inadempimento per vicende giudiziali o stragiudiziali intercorse esclusivamente fra il contribuente ed il titolare del credito (alle quali l'agente della riscossione non abbia preso parte).

Al ricorrere di una di queste ipotesi tale istituto riconosce, come noto, al soggetto al quale è stato notificato un atto della riscossione (o meglio «il primo atto di riscossione utile») o anche «un atto della procedura cautelare o esecutiva eventualmente intrapresa dal concessionario» il diritto a ottenere – previa presentazione di una dichiarazione corredata da adeguata documentazione¹⁵⁸ – la sospensione immediata di «ogni ulteriore iniziativa finalizzata alla riscossione delle somme iscritte a ruolo o affidate» e, ove la richiesta sia fondata, l'annullamento dell'atto.

Ora, se si muove dall'assunto che la misura in esame abbia natura cautelare e sia ascrivibile a quelle che operano nella fase della riscossione, non pare possa dubitarsi della possibilità per il destinatario del blocco di ricorrere – a prescindere dalla natura del debito a ruolo¹⁵⁹ – a tale “rimedio”. Questo gli consentirebbe innanzitutto di evitare il pignoramento delle somme che si assumono illegittimamente bloccate e poi di ottenere il pagamento delle stesse. Segnatamente, quanto al primo effetto, il tenore letterale della disposizione di

alla tutela giurisdizionale?, in *Corr. trib.*, 9 (2013), pp. 719 ss.; L. Lovecchio, *Modifiche in peius per il contribuente alla sospensione legale della riscossione*, in *il fisco*, 43 (2015), p. 4136; E. Fronticelli Baldelli, *La procedura di sospensione delle attività esecutive da parte dell'Agente della riscossione*, in *Corr. trib.*, 12 (2016), p. 935.

¹⁵⁸ La procedura è attivata da un'istanza del debitore che deve essere presentata, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla notifica dell'atto per il quale si procede. La domanda deve inoltre essere compiutamente documentata, stante che la sua reiterazione non è ammessa «e, in ogni caso, non comporta la sospensione delle iniziative finalizzate alla riscossione». Così art. 1, co. 539-bis, legge n. 228/2012, inserito dall'art. 1, co. 1, lett. c), d.lgs. 24 settembre 2015, n. 159.

¹⁵⁹ Depongono in tal senso anzitutto il riferimento al ruolo (il quale ex art. 17 del d.lgs. n. 46/1999, costituisce lo strumento di riscossione coattiva di tutte le entrate pubbliche) e poi l'uso, per un verso, del termine “debitori” per individuare i soggetti legittimati a presentare la dichiarazione volta ad ottenere l'arresto della procedura esecutiva e, per l'altro, di quello “ente creditore” per identificare i soggetti tenuti a verificare la fondatezza dell'istanza («l'esistenza delle ragioni del debitore»). In termini v. M. Basilavecchia, *Sospensione legale della riscossione: un percorso parallelo alla tutela giurisdizionale?*, cit., p. 721. Ritiene invece che non sia chiaro «se i debiti per cui è promuovibile tale strumento debbano essere solo di natura tributaria (qualsiasi tributo, compresi quelli locali)» A. Carinci, *Introduzione del silenzio assenso all'istanza di autotutela e modifiche al sollecito per i crediti minori*, cit., p. 236. Secondo L. Lovecchio, *Modifiche in peius per il contribuente alla sospensione legale della riscossione*, cit., p. 4137, la genericità del termine “debitore”, «in uno con il riferimento ugualmente generico alle “somme” oggetto della pretesa creditoria, lascia intendere che il credito per il quale si procede può essere sia tributario che patrimoniale».

cui al comma 527 (ed in specie l'uso dell'avverbio immediatamente) depone nel senso che alla mera presentazione di detta istanza consegue automaticamente l'immediata sospensione di «ogni ulteriore iniziativa finalizzata alla riscossione»¹⁶⁰ e, dunque, nel caso del blocco, l'arresto del pignoramento.

Per l'annullamento del provvedimento di sospensione occorrerebbe invece attendere l'esito della valutazione sulla fondatezza della richiesta, la quale è coerentemente rimessa ai sensi del comma 539 all'ente creditore¹⁶¹. La procedura può infatti concludersi o con la conferma della legittimità del debito iscritto a ruolo (e dunque dell'atto per il quale si procede), oppure con la comunicazione del provvedimento di sgravio o della sospensione, o ancora, in caso di silenzio protratto per 220 giorni dalla data di presentazione della dichiarazione del debitore, con l'annullamento del credito, il discarico del concessionario e l'eliminazione dei corrispondenti importi dalle scritture patrimoniali dell'ente creditore¹⁶². Pertanto, ove si verificasse una delle situazioni (estintive, modificative o sospensive della pretesa) da ultimo prospettate, l'agente - preso atto dell'inesistenza della situazione di inadempimento (in ragione della quale è stato sospeso il pagamento) - dovrebbe comunicare l'errore all'amministrazione pubblica in modo da consentirle di effettuare il pagamento¹⁶³.

Occorre tuttavia chiedersi se, nelle more della valutazione dell'ente creditore, il

¹⁶⁰ In tal senso v. anche A. Carinci, *Introduzione del silenzio assenso all'istanza di autotutela e modifiche al sollecito per i crediti minori*, cit., p. 235, per il quale «l'immediata sospensione/arresto di ogni iniziativa finalizzata alla riscossione delle somme» è un effetto automatico che deriva dalla presentazione della dichiarazione e «prescinde dall'esame anche sommario della fondatezza della richiesta». In termini v. anche M. Basilavecchia, *Sospensione legale della riscossione: un percorso parallelo alla tutela giurisdizionale?*, cit., p. 721, secondo il quale «il tratto caratteristico principale è l'effetto di automatica sospensione che la presentazione della dichiarazione, da parte del debitore, produce».

¹⁶¹ Ai sensi del comma 539 del citato art. 1 della legge n. 228/2012 il «concessionario per la riscossione» deve trasmettere all'ente creditore la dichiarazione presentata dal debitore e la documentazione allegata entro il termine di dieci giorni successivi alla data di presentazione della stessa.

¹⁶² Cfr. art. 1, commi 539 e 540, della legge n. 228/2012.

¹⁶³ Cfr. art. 3, co. 5, d.m. n. 40/2008. A riguardo si ritiene che le ipotesi che comportano la «revoca» del blocco previste in detta disposizione («pagamenti da parte del beneficiario o provvedimenti dell'ente creditore che fanno venir meno l'inadempimento o ne riducono l'ammontare») debbano considerarsi non come tassative ma come indicative del principio secondo il quale la sospensione del pagamento non può persistere allorché venga meno il presupposto relativo all'inadempimento dell'obbligo di versamento scaturente da una cartella di pagamento; sicché, sebbene ivi non si faccia menzione del provvedimento di sospensione giurisdizionale dell'atto recante la pretesa, sembra palese che l'agente della riscossione sia tenuto a comunicare «prontamente» anche tale evento al soggetto pubblico.

termine di durata del blocco resti, per così dire, sospeso oppure se continui a decorrere.

Questa seconda ipotesi basta formularla per scartarla, se non altro perché potrebbe esporre l'istituto ad un uso strumentale: per effetto della presentazione dell'istanza, infatti, la possibilità per l'agente di procedere al pignoramento *ex art. 72 bis* sarebbe automaticamente preclusa fino alla comunicazione dell'ente creditore, mentre continuerebbe a decorrere il termine di 60 gg (di durata del blocco) scaduto il quale l'amministrazione è tenuta ad effettuare il pagamento¹⁶⁴.

Analoga questione pare peraltro essersi posta con riferimento al pignoramento, per il quale con la novella del 2015 si è espressamente stabilito che il termine di decorrenza della sua validità (ai sensi dell'art. 53, co. 1, del d.p.r. n. 602/73, pari a 200 giorni) resti sospeso sino alla comunicazione della risposta dell'ente creditore¹⁶⁵. Il che sembra confermare che, allorché la misura abbia una durata prestabilita, questa debba essere sospesa fino all'esito della valutazione della fondatezza dell'istanza.

Avverso siffatta interpretazione non sembra, poi, che possa addursi la violazione del principio di proporzionalità, facendo valere l'argomento secondo il quale il perdurare della misura fino alla decisione nel merito comprime eccessivamente il diritto del destinatario del pagamento.

Nella fattispecie disciplinata dall'art. 1 citato non ricorre un'ipotesi di sospensione *ex lege* dell'esecuzione (come è previsto in caso di impugnazione dell'avviso di accertamento immediatamente esecutivo dall'art. 29 del d.l. n. 78/2010), ma di sospensione legale rimessa all'iniziativa della parte debitrice; sicché l'interesse del destinatario a non subire gli effetti pregiudizievoli per un lasso temporale "indeterminato" sembra doversi temperare con l'esigenza di evitare usi strumentali dell'istituto. Peraltro, nulla vieta al destinatario, come si dirà, di impugnare in sede giurisdizionale il provvedimento ritenuto illegittimo e per tale via giungere all'annullamento o ottenere la sospensione in via cautelare del blocco¹⁶⁶.

In forza di dette considerazioni si ritiene in sintesi che, qualora la causa dell'asserita illegittimità del provvedimento sia una di quelle espressamente

¹⁶⁴ Se è vero che una diversa efficienza non può andare a discapito del contribuente, è vero pure che non può lasciarsi spazio ad uso improprio della disciplina.

¹⁶⁵ Cfr. art. 1, co. 539, della legge n. 228/2012.

¹⁶⁶ A quest'ultimo proposito potrebbe però porsi la questione se sia possibile imporre all'agente della riscossione, con l'ordinanza di sospensione *ex art. 47* del d.lgs. n. 546/92, un obbligo di *facere* positivo. Sul tema v. L. Burana, *Commento all'art. 47*, in C. Consolo - C. Glendi (a cura di), *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, cit. pp. 480-481.

previste al comma 538, il destinatario della misura cautelare in esame possa avvalersi dell'istituto della sospensione legale della riscossione per ottenere l'annullamento in autotutela del blocco¹⁶⁷, il cui termine di decorrenza resterà però sospeso fino alla comunicazione dell'esito della valutazione dell'ente creditore.

Le ipotesi previste dal comma 538 dell'art. 1 cit. non esauriscono quelle che possono comportare l'illegittimità del provvedimento di blocco. La causa dell'erroneo accertamento della situazione di inadempimento del "contribuente" potrebbe consistere, come detto, anche nell'omesso apprezzamento della sospensione giudiziale oppure della sentenza di annullamento (totale o parziale) della pretesa dell'ente creditore emesse in un giudizio al quale il concessionario per la riscossione abbia preso parte.

Occorre allora interrogarsi sulla ammissibilità di ricorrere all'istituto anche nei casi in cui le ragioni che determinano l'inesistenza del debito o la temporanea non esigibilità siano analoghe a quelle contemplate al comma 538 ma successive alla formazione del ruolo o relative a vicende alle quali abbia partecipato l'agente della riscossione e, dunque, in linea di principio da questo conosciute.

Questa possibilità non sembra di primo acchito del tutto da escludere in ragione della indisponibilità per il debitore di un rimedio alternativo di tipo amministrativo che permetta di ottenere con pari tempestività e in modo per così dire "automatico" la sospensione della riscossione coattiva.

Con la riforma della riscossione del 2015 (di cui al d.lgs. 24 settembre 2015, n. 159) sono state invero abrogate le norme, peraltro mai attuate per mancanza delle disposizioni attuative e della modulistica, di cui ai commi 1, 1 *bis*, 1 *ter* e 1 *quater* dell'art. 49 del d.p.r. n. 602/73¹⁶⁸, le quali sembravano avere un ambito

¹⁶⁷ Sul punto v. A. Carinci, *Automatico discarico dei ruoli per inerzia dell'ente impositore - Riscossione - Primi riscontri giurisprudenziali sul silenzio assenso all'istanza di autotutela*, cit., p. 706, secondo il quale «a fronte della dichiarazione del contribuente, volta ad ottenere sì l'arresto della riscossione, almeno in prima battuta, ma anche e soprattutto (almeno nelle ipotesi sub a), b) ed e)), l'annullamento della pretesa, si configura con ogni evidenza una peculiare modalità di presentazione di un'istanza di autotutela».

¹⁶⁸ Segnatamente con l'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 159/2015 al comma 1 sono state soppresse le parole «fatto salvo il diritto del debitore di dimostrare, con apposita documentazione rilasciata ai sensi del comma 1-bis, l'avvenuto pagamento delle somme dovute ovvero lo sgravio totale riconosciuto dall'ente creditore» e sono stati abrogati i commi 1 *bis*, secondo periodo, 1 *ter* e 1 *quater*. Siffatte disposizioni erano state introdotte con l'art. 3, comma 3-*bis*, del d.l. 25 marzo 2010, n. 40 (convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2010, n. 73) e di fatto traducevano sul piano normativo le indicazioni che Equitalia aveva dato agli agenti della riscossione in materia di «sospensione» della riscossione con la direttiva di Equitalia del 6 maggio 2010, n. 10. Sul punto v. *Rateazioni dei pagamenti, sgravi e sospensione della Riscossione* a cura della Direzione Centrale Strategie di Riscossione Legale

di applicazione complementare a quello della sospensione legale della riscossione¹⁶⁹. Esse infatti prevedevano il diritto del debitore di opporre all'agente della riscossione la dichiarazione dell'ente creditore che avrebbe dovuto attestare l'avvenuto pagamento della somma iscritta a ruolo ovvero l'avvenuto sgravio, qualora questi eventi si fossero verificati successivamente all'iscrizione a ruolo.

L'intervenuta abrogazione di tali disposizioni comporta un'evidente disparità di trattamento fra contribuenti in procinto di subire un'azione esecutiva, i quali possono o no ottenere la sospensione automatica della riscossione a seconda del fatto che l'evento estintivo o modificativo della pretesa sia antecedente o successivo alla formazione del ruolo. E la necessità di rimediare a tale disuguaglianza può forse giustificare l'applicazione "estensiva" della disciplina della sospensione legale¹⁷⁰, sebbene le modifiche legislative¹⁷¹ e la *ratio* dell'istituto¹⁷² sembrano deporre in senso contrario.

6.2... e quella giurisdizionale.

L'esigenza di garantire una tutela immediata al destinatario non può essere assicurata dalla sola sospensione legale della riscossione, giacché il diritto alla

Istituzionale di Equitalia S.p.A., in *Corr. trib.*, 33 (2011), pp. 2726 ss.

¹⁶⁹ Evidenzia l'esigenza di un «raccordo tra la nuova disciplina della legge di stabilità e i commi 1 bis, 1 ter e 1 quater dell'art. 49» M. Basilavecchia, *Sospensione legale della riscossione: un percorso parallelo alla tutela giurisdizionale?*, cit., pp. 719-720. Secondo il chiaro A. «il discrimine potrebbe essere segnato dalla collocazione temporale del fatto estintivo, che nell'art. 49 è sempre successivo all'iscrizione a ruolo, mentre nella legge di stabilità è in alcuni casi anteriore alla formazione del ruolo. Quest'ultima, peraltro, prende in considerazione anche altri fatti, oltre al pagamento e allo sgravio, e per tali fatti sembra indicata la regola della posteriorità rispetto alla formazione del ruolo».

¹⁷⁰ L'impugnabilità dell'atto in sede processuale non può certo essere una ragione per negare il diritto alla piena tutela anche sul piano amministrativo in applicazione dei principi di cui all'art. 97 Cost.

¹⁷¹ Con l'art. 1 del d.lgs. n. 159/2015 è stata abrogata la lett. f) del comma 538 ove appunto in via residuale si consentiva l'accesso all'istituto in presenza di «qualsiasi altra causa di non esigibilità del credito sotteso». La relazione illustrativa però motiva tale intervento con l'esigenza di prevenire istanze strumentali avanzate all'unico fine di paralizzare quantomeno temporaneamente le attività di recupero coattivo.

¹⁷² L'istituto sembra invero introdotto «al solo scopo di sopperire alla mancanza di comunicazioni tra enti titolari del credito e incaricati della riscossione». Così M. Basilavecchia, *Sospensione legale della riscossione: un percorso parallelo alla tutela giurisdizionale?*, cit., p. 719, il quale non manca di esprimere un giudizio critico sulla nuova disciplina sia per le «interferenze con la tutela giurisdizionale» sia perché con essa il legislatore assume una disfunzione amministrativa «come un dato di fatto che costringe a congegnare un meccanismo alternativo in cui la comunicazione diviene forzosa, ma solo perché il debitore si attiva (con oneri di documentazione a suo carico)».

tutela in via giurisdizionale costituzionalmente garantito rimane imprescindibile.

L'individuazione del giudice competente a decidere della legittimità del provvedimento in esame non è però piana. Invero, la qualificazione della misura in termini di provvedimento di natura cautelare, se certamente aiuta a negare la giurisdizione del giudice dell'esecuzione, non appare però sufficiente a dirimere la questione.

La trasversalità dell'istituto – il quale, per un verso, può essere adottato per garantire la fruttuosità di crediti tributari e extra-tributari e, per l'altro, è atto ad arrestare qualsivoglia tipo di pagamento (a condizione che sia pignorabile *ex art. 72 bis*) – non consente in prima battuta di escludere alcuna giurisdizione.

Potrebbe in sostanza riproporsi con riferimento al provvedimento in esame una situazione analoga a quella verificatasi in tema di fermo amministrativo generale, rispetto al quale sia il giudice ordinario sia quello amministrativo sia quello tributario hanno affermato di avere giurisdizione. In linea di principio sulla sospensione del pagamento potrebbero essere chiamati a pronunciarsi: il giudice amministrativo, in quanto competente in via generale per la tutela degli interessi legittimi o, ancor prima, in sede di legittimità per le questioni relative alla nullità del provvedimento; il giudice ordinario o quello tributario, in quanto competenti a conoscere o del credito reso "inesigibile" dal provvedimento¹⁷³ oppure di quello tutelato, iscritto a ruolo e scaduto, posto a base dello stesso¹⁷⁴.

Il giudice amministrativo in effetti ha già avuto modo di dichiarare la propria giurisdizione in materia. Segnatamente, a seguito della impugnazione di una comunicazione con la quale si accertava l'inadempimento di debiti non tributari (in specie, per quanto è dato comprendere, di sanzioni), il Tar, prima, e il Consiglio di Stato, poi, hanno ritenuto che di fronte all'esercizio da parte dell'agente della riscossione di una «potestà certificativa è rinvenibile la competenza del giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità, non vertendo la presente controversia sull'accertamento della debenza o meno a carico di parte ricorrente di obbligazioni di natura tributaria

¹⁷³ Così ragionando, ad esempio, la giurisdizione sarebbe del giudice del lavoro in caso di sospensione di crediti previdenziali o lavoristici, di quello tributario nell'ipotesi di blocco di rimborsi d'imposta, della Corte dei Conti per il blocco dei crediti rientrante nel rapporto tra l'amministrazione e l'agente della riscossione.

¹⁷⁴ Sulla base di detto criterio la giurisdizione sarebbe invece ad esempio del giudice tributario, se il provvedimento è assunto a garanzia di un credito d'imposta vantato dall'erario, di quello del lavoro se il debito a ruolo è relativo a crediti previdenziali.

o sanzionatoria»¹⁷⁵.

Tale conclusione – sebbene a prima vista possa apparire condivisibile sia perché con la legge n. 15 del 2005 sono state attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le questioni relative alla nullità del provvedimento, sia perché l'adozione della misura in esame prescinde da valutazioni sulla fondatezza della pretesa iscritta a ruolo (a tutela della quale il provvedimento è adottato) – va però attentamente valutata alla luce del più recente orientamento dei giudici di legittimità in materia di giurisdizione sul fermo amministrativo generale.

A tal proposito è stato affermato che la giurisdizione spetta al giudice al quale è attribuita la cognizione della controversia sul diritto garantito da detto fermo, «giacché sussiste uno stretto collegamento tra siffatta misura cautelare e il diritto per la cui provvisoria tutela essa è concessa»¹⁷⁶.

Lo stesso principio è stato applicato anche alle liti aventi ad oggetto il provvedimento di fermo di beni immobili registrati di cui all'art. 86 del d.P.R. n. 602/1973¹⁷⁷, prima, e quello di ipoteca ex art. 77 del medesimo decreto¹⁷⁸,

¹⁷⁵ Cons. Stato, 15 settembre 2014, n. 4694. In termini T.a.r. Lazio, sentenza n. 7523/2012 citata, dalla quale risulta, peraltro, che l'agente della riscossione aveva eccepito in via pregiudiziale l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione sostenendo che le doglianze di gravame «si risolverebbero in censure sulla legittimità dell'iscrizione al ruolo e delle attività esecutive compiute dagli Agenti della riscossione e di una particolare modalità dell'esecuzione forzata nei suoi confronti da cui discenderebbe, in tesi avversaria, il diritto al risarcimento del danno, con la conseguenza della necessaria cognizione di tali censure da parte del Giudice ordinario e non del giudice amministrativo, tanto più che si verterebbe nella specie in tema di diritti soggettivi esclusa qualsiasi ipotesi di giurisdizione esclusiva».

¹⁷⁶ Cass., Sez. Unite, 14 gennaio 2009, n. 555, citata. In termini v. anche Cass., Sez. Unite, 22 dicembre 2010, n. 25983, in *GT - Riv. giur. trib.*, 4 (2011), p. 291 con nota di C. Glendi; Cons. Stato, sez. IV, 18 marzo 2010, n. 1620, in *Foro amm. CDS*, 3 (2010), p. 558). In dottrina sembra ritenere invece che la giurisdizione sia del giudice amministrativo B. G. Mattarella, *Il fermo amministrativo: erosione di un privilegio*, cit., p. 1063, secondo il quale «il fermo amministrativo è sempre stato alquanto problematico per il riparto di giurisdizione, almeno se si fa riferimento alla distinzione tra diritto e interesse: quello vantato dal privato è sicuramente un diritto soggettivo di credito, ma la giurisdizione è del giudice amministrativo; né si può parlare di degradazione, dato che il diritto non viene certo estinto, anzi rimane liquido ed esigibile». In tal senso v. anche R. Ionta, *Problemi di giurisdizione sul fermo amministrativo ex art. 69 Legge di contabilità dello Stato*, in *Rassegna avvocatura dello stato*, 4 (2011), pp. 107 ss., secondo il quale «la soluzione più coerente dal punto di vista sistematico appare essere quella della giurisdizione del G.A. sul fermo», in quanto il cittadino, a fronte della «degradazione» del suo diritto alla realizzazione del credito ad interesse legittimo, può fare valere davanti al giudice amministrativo «l'illegittimità della misura e chiederne l'annullamento» e può «altresì (art. 30 e 34 c.p.a.) chiedere la condanna della p.a. al pagamento della somma dovuta nonché l'eventuale risarcimento del danno».

¹⁷⁷ In tal senso v. Cass., Sez. Unite, ordinanza 5 giugno 2008, n. 14831, in *GT - Riv. giur. trib.*, 12 (2008), p. 1033, con commento di G. Tabet, *La giurisdizione su provvedimento di fermo disposto a garanzia di un credito extra-tributario*. In termini *ex multis* Cons. Stato,

poi, con riferimento alle quali è stata riconosciuta la giurisdizione tributaria allorché «le stesse siano attinenti ad una pretesa tributaria» e quella del giudice ordinario qualora i crediti garantiti non abbiano tale natura.

Se, come sembra, di tale orientamento non si può non tenere conto, essendo peraltro quella tributaria una giurisdizione esclusiva, allora diventa preliminare verificare se nel caso sussistono ragioni per ritenere non applicabile alle controversie relative alla sospensione dei pagamenti il suddetto principio definito dalla stessa Corte di valenza generale¹⁷⁹ ovvero, se si vuole, per negare ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 19 del d.lgs. n. 546/92 la competenza del giudice tributario allorché il credito a tutela del quale il blocco ex art. 48 *bis* è adottato abbia natura tributaria.

In questa prospettiva giova innanzitutto chiarire che non sembra ostare al riconoscimento della giurisdizione tributaria la mancata previsione del provvedimento in esame nell'elenco degli atti impugnabili di cui all'art. 19. La giurisprudenza di legittimità ha, invero, progressivamente ridotto, come noto, la portata del principio di tipicità degli atti impugnabili, da una parte ritenendo tali anche atti paritetici e atti preparatori (privi del connotato dell'autoritatività), dall'altra consentendo una tutela anticipata e facoltativa nei confronti di taluni atti intermedi dell'ente impositore o dell'agente della riscossione (sebbene non lesivi di un interesse attuale e diretto del contribuente)¹⁸⁰.

In specie, secondo la Corte la tassatività dell'elencazione contenuta nell'art. 19 citato «va riferita non tanto ai singoli atti nominativamente indicati, ma

sez. VI, 7 maggio 2010, n. 2658, in *Foro amm. CDS*, 5 (2010), p. 1075.

¹⁷⁸ Cfr. Cass., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 19667, in *Corr. trib.*, 39 (2014), p. 3024 con nota di A. Marcheselli, *Il contraddittorio va sempre applicato ma la sua omissione non può eccepirsi in modo pretestuoso*, nonché in *Dir. prat. trib.*, 4 (2015), p. 593 con nota di A. Renda, *Il contraddittorio quale nucleo insopprimibile di rilievo sostanziale nell'ambito del procedimento tributario: le conferme della giurisprudenza comunitaria e di legittimità*.

¹⁷⁹ Cfr. Cass., Sez. Unite, 22 dicembre 2010, n. 25983, citata. In specie secondo la Corte il principio affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza 14 gennaio 2009, n. 555 «ha valenza generale» tanto da essere stato «significativamente applicato anche in riferimento alle controversie aventi per oggetto il provvedimento di fermo di beni mobili registrati, di cui al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 86, e successive modificazioni, dal momento che, pur in presenza di una modifica normativa del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 19, comma 1, ... in base alla quale alla serie degli atti impugnabili dinanzi alle Commissioni tributarie è stato aggiunto il suddetto provvedimento di fermo, si è precisato, che ai fini della giurisdizione rileva la natura dei crediti posti a fondamento del provvedimento di fermo e che, pertanto, essa spetterà al giudice tributario o al giudice ordinario a seconda della natura tributaria o meno dei crediti, ovvero ad entrambi se il provvedimento di fermo si riferisce in parte a crediti tributari e in parte a crediti non tributari».

¹⁸⁰ Cfr. G. Tabet, *Diritto vivente e tutela anticipata nei confronti di atti atipici*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 4 (2001), pp. 281 ss.

piuttosto alla individuazione di “categorie” di atti, considerate in relazione agli effetti giuridici da quelli prodotti» e la regola della predeterminazione degli atti impugnabili va talvolta “contemperata” con quella dell’interesse al ricorso. Con la conseguenza che, in ossequio alle norme costituzionali di tutela del contribuente e di buon andamento della p.a., per un verso la disposizione di cui all’art. 19 «è suscettibile, in presenza di determinate condizioni, di interpretazione estensiva», per l’altro può considerarsi «impugnabile ogni atto che porti, comunque, a conoscenza del contribuente una ben individuata pretesa tributaria, in quanto sorge in capo al contribuente destinatario, già al momento della ricezione della notizia, l’interesse, ex art. 100 cod. proc. civ., a chiarire, con pronuncia idonea ad acquisire effetti non più modificabili, la sua posizione in ordine alla stessa e, quindi, ad invocare una tutela giurisdizionale, comunque, di controllo della legittimità sostanziale della pretesa impositiva e/o dei connessi accessori vantati dall’ente pubblico»¹⁸¹.

In forza di questo insegnamento, tenuto conto degli effetti giuridici della misura in esame, non sembra possa dubitarsi – pur in assenza di un’espressa previsione e sempre che ovviamente ricorra la materia tributaria – dell’impugnabilità dinnanzi al giudice tributario della sospensione ex art. 48 *bis* e con essa dell’atto dell’agente della riscossione che “certifica” l’inadempimento.

Si è invero in presenza di un provvedimento che non solo comporta l’immediata lesione della sfera dei diritti soggettivi del destinatario, ma assolve

¹⁸¹ Cass., Sez. Unite, ordinanza 11 maggio 2009, n. 10672, in *Foro It.*, 7-8 (2009), p. 2060, ove i massimi Giudici, decidendo su una fattispecie antecedente alla novella dell’art. 19 citato di cui all’art. 35, co. 26 *quinquies*, del d.l. 248/2006, affermano che il preavviso di fermo amministrativo che «riguardi una pretesa creditoria dell’ente pubblico di natura tributaria è impugnabile innanzi al giudice tributario in quanto atto funzionale, in una prospettiva di tutela del diritto di difesa del contribuente e del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, a portare a conoscenza del medesimo contribuente, destinatario del provvedimento di fermo, una determinata pretesa tributaria rispetto alla quale sorge ex art. 100 c.p.c. l’interesse del contribuente alla tutela giurisdizionale per il controllo della legittimità sostanziale della pretesa impositiva». Sull’interpretazione dell’art. 19 v. anche Cass. 8 ottobre 2007, n. 21045, in *Rass. trib.*, 2/2008, p. 447 nota di F. Randazzo, “*Avvisi bonari*” ed esercizio informale di funzioni tributarie; Id., 18 novembre 2008, n. 27385, in banca dati *www.leggiditalia.it*, ove la Corte cassa la sentenza della Commissione tributaria regionale che aveva ritenuto inammissibile il ricorso avverso una visura per consultazione di partita catastale attraverso la quale una società aveva appreso l’entità della rendita catastale di un immobile acquistato da un fallimento, ritenendo che vada riconosciuta la possibilità di ricorrere alla tutela del giudice tributario avverso tutti gli atti adottati dall’ente impositore che, esplicitando le concrete ragioni (fattuali e giuridiche) che la sorreggono, porti comunque a conoscenza del contribuente una ben individuata pretesa tributaria, senza necessità di attendere che la stessa si vesta della forma autoritativa di uno degli atti dichiarati espressamente impugnabili dall’art. 19 citato.

anche ad una funzione (cautelare) simile a quella di altri atti (fermo dei beni mobili registrati e ipoteca) per i quali è espressamente prevista l'impugnabilità. Se questo è vero, la questione dirimente è se le controversie sulla sospensione di pagamento assunta a "garanzia" di crediti tributari possano *ratione materiae* considerarsi appartenenti alla giurisdizione tributaria, sebbene detta misura sia successiva alla notifica della cartella di pagamento, si collochi nel titolo II del d.P.R. n. 602/73 (dedicato alla riscossione coattiva) e la sua legittimità prescindano da qualsivoglia valutazione in concreto sul *fumus* della pretesa creditoria (iscritta a ruolo e scaduta).

A ben vedere nessuno dei suddetti argomenti osta al riconoscimento della giurisdizione tributaria.

L'irrelevanza del primo emerge proprio dall'ordinanza della Cassazione n. 14831 del 2008, ove si dichiara che le controversie relative al fermo di beni mobili registrati che possono essere conosciute dal giudice tributario sono solo quelle concernenti crediti da tributi. In tale occasione invero il Supremo Collegio – dopo avere ribadito che per individuare l'ambito della giurisdizione tributaria è necessario procedere ad una «lettura integrata» e costituzionalmente orientata degli artt. 2 e 19 del d.lgs. n. 546/92¹⁸² – chiarisce che la novella di cui all'art. 35, co. 26 *quinquies*, del d.l. n. 223/2006 con la quale è stata aggiunta al citato art. 19 la lettera *e-ter* (prevedendo fra gli atti impugnabili il fermo *ex art. 86 cit.*)¹⁸³, pur non avendo «apportato, come sua conseguenza, una corrispondente modifica del primo periodo dell'art. 2, comma 1, del medesimo decreto» (a norma del quale appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie concernenti tributi, sia pure di ogni genere e specie, comunque denominati), ha «di riflesso determinato una modifica dell'art. 2 del medesimo decreto, ... nella parte in cui esclude dalla giurisdizione tributaria le controversie riguardanti gli atti dell'esecuzione forzata successivi alla notifica della cartella di pagamento»¹⁸⁴; sicché, prosegue

¹⁸² In proposito la Corte evidenzia che la volontà legislativa di generalizzare la giurisdizione tributaria deve essere interpretata di modo che sia «coerente con il concetto di giurisdizione delimitata da una determinata materia, complessivamente considerata, che mantenga il giudice tributario nella funzione, costituzionalmente ammissibile, di giudice "sui tributi" e non di giudice "dell'amministrazione finanziaria"».

¹⁸³ Con lo stesso comma 26 *quinquies* dell'art. 35 del d.l. n. 223/2006 (convertito, con modificazioni, dalla L. 4 agosto 2006, n. 248) è stata aggiunta all'art. 19 anche la lettera *e-bis*, disponendo l'impugnabilità dell'iscrizione di ipoteca sugli immobili di cui all'art. 77 citato.

¹⁸⁴ Al fine di riconoscere la giurisdizione del giudice tributario la Corte, piuttosto che prendere espressamente posizione sulla natura del fermo, opera «una lettura in chiave innovativa, giusta la quale viene ravvisato un intervento chirurgico sul tessuto normativo che delimita le diverse aree della materia controvertibile davanti al giudice speciale». Così G. Tabet, *La giurisdizione su provvedimento di fermo disposto a garanzia di un credito extra-*

la Corte, essa dimostra che la volontà legislativa è quella di «generalizzare la giurisdizione tributaria», lasciando a quella ordinaria solo la sfera dell'espropriazione forzata vera e propria «la cui disciplina ha movenze simili a quella contenuta nel codice di rito» e rispetto alla quale possono ben essere funzionali gli strumenti giurisdizionali di tutela del debitore garantiti dal medesimo codice¹⁸⁵.

A seguito dell'inserimento delle misure cautelari dell'agente della riscossione nel novero degli atti impugnabili è, dunque, pacifico che appartengano alla giurisdizione tributaria anche atti successivi alla notifica della cartella di pagamento e che – come prospettato dalla migliore dottrina antecedentemente alla suddetta novella¹⁸⁶ – l'area riservata alla giurisdizione ordinaria sia solo quella residuale relativa agli atti interni al processo di esecuzione forzata propriamente detto¹⁸⁷.

tributario, cit., p. 1038. Per un commento all'art. 2 e all'art. 19 del d. lgs. n. 546/92 v. per tutti rispettivamente F. Randazzo, *Commento all'art. 2*, in C. Consolo - C. Glendi (a cura di), *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, cit., pp. 22 ss.; R. Schiavolin, *Commento all'art. 19*, in C. Consolo - C. Glendi (a cura di), *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, cit., pp. 282 ss.

¹⁸⁵ Cfr. Cass., n. 14831 del 2008, citata.

¹⁸⁶ Cfr. S. La Rosa, *La tutela del contribuente nella fase della riscossione*, in *Rass. trib.*, 2001, pp. 767 ss., spec. pp. 780-781, il quale non aveva mancato di evidenziare la necessità di «distinguere, all'interno della procedura, tra atti del concessionario della riscossione ed atti del giudice dell'esecuzione esattoriale, e di limitare solo alla prima categoria di atti l'improponibilità dell'opposizione agli atti esecutivi». In specie secondo il chiaro A. per gli «atti propri del concessionario, ivi compresi anche quelli di natura meramente conservativa, come l'iscrizione di ipoteca o l'adozione del fermo amministrativo» sarebbe stato preferibile riconoscere la giurisdizione tributaria, piuttosto che quella amministrativa, «soprattutto per la maggiore idoneità della giurisdizione tributaria a fornire tutela soddisfacente in un settore in cui è apparsa sempre problematica la valorizzazione della distinzione tra situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo». Nello stesso senso v. anche A. Guidara, *Invito al pagamento bonario e tutela giudiziaria del contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, I (2006), pp. 785 ss.; Id., *Osservazioni in tema di giurisdizione sul fermo fiscale dei beni mobili registrati*, in *Riv. dir. trib.*, I (2004), pp. 1367 ss. Sul tema v. anche F. Randazzo, *Confini della giurisdizione tributaria sul versante della riscossione e della esecuzione forzata*, in *Corr. trib.*, 45 (2007), pp. 3651 ss., il quale – muovendo dall'assunto che «la riserva di giurisdizione del giudice ordinario relativamente all'esecuzione forzata tributaria, fuori dall'essere individuata a motivo della collocazione temporale dell'atto (per il quale si invoca la tutela) in un momento successivo alla notificazione del ruolo e della cartella di pagamento, va piuttosto colta nella necessità che degli atti propriamente esecutivi e degli incidenti dell'esecuzione che essi possono determinare conosca il giudice ordinario e, segnatamente, il giudice dell'esecuzione» – giunge alla conclusione che la devoluzione giurisdizionale al giudice tributario va riconosciuta «a valle della notificazione» della cartella di pagamento o dell'avviso di intimazione di cui all'art. 50 del d.p.r. n. 602/73, «interessando essa tutti quei provvedimenti eventualmente successivi che non siano tuttavia ancora espressione di un'attività esecutiva strettamente detta».

¹⁸⁷ Sulla questione della tutela giurisdizionale del contribuente nella fase della espropriazione

e in particolare su quella relativa al giudice da adire nell'ipotesi di opposizione agli atti esecutivi per vizi concernenti la regolarità formale o la notificazione del titolo esecutivo (c.d. pignoramento "a sorpresa") v. Cass., Sez. Unite, 5 giugno 2017, n. 13913 (in *Corr. trib.*, 30 (2017), pp. 2388 ss., con commento di M. Basilavecchia, *Anche il pignoramento può essere atto impugnabile*, nonché in *GT - Riv. giur. trib.*, 10 (2017), pp. 762 ss. con commento di C. Glendi, *Le Sezioni Unite della Cassazione "stravolgono" i confini tra giurisdizione tributaria e giurisdizione ordinaria sul versante dell'esecuzione forzata*; in *Rass. trib.*, 4 (2017), pp. 1114 ss. con commento di G. Tabet, *In tema di pignoramento "a sorpresa"*) ove la Corte, ponendo fine al contrasto di orientamenti verificatosi in questa materia, dichiara che «in materia di esecuzione forzata tributaria, l'opposizione agli atti esecutivi riguardante l'atto di pignoramento, che si assume viziato per l'omessa o invalida notificazione della cartella di pagamento (o degli altri atti presupposti dal pignoramento), è ammissibile e va proposta – ai sensi degli artt. 2, comma 1, secondo periodo, 19 del D. Lgs. n. 546/1992, 57 del D.P.R. n. 602 del 1973 e 617 cod. proc. civ. – davanti al giudice tributario». La soluzione prospettata dalla Corte è condivisa da M. Basilavecchia e da G. Tabet. Il primo ritiene «in particolare corretto ricondurre al giudice tributario la valutazione di un vizio procedurale che si manifesta per intero prima del momento a partire dal quale la legge riconosce la sussistenza della giurisdizione ordinaria, ossia prima del pignoramento». Così M. Basilavecchia, *Anche il pignoramento può essere atto impugnabile*, cit., p. 2389. Il secondo osserva che «Di fronte agli stringenti limiti segnati dall'art. 57 in tema di incidenti di esecuzione proponibili davanti all'A.g.o. ed alle molte insidie ed incertezze che si nascondono dietro la tesi della duplice, concorrente o (addirittura) congiunta impugnativa, ben venga una risposta chiara sull'organo giudicante davanti al quale trova tutela la posizione soggettiva del contribuente sottoposto a pignoramento a sorpresa. Inoltre, la conclusione indicata si salda in piena armonia con la tendenza sempre più espansiva del territorio occupato dal giudice speciale». Per l'A. «la soluzione della doppia tutela, a seconda del *petitum* e della causa *petendi* sarebbe stata allora più convincente sul piano astratto, ma anche foriera di eccessive complicazioni». Così G. Tabet, *In tema di pignoramento "a sorpresa"*, cit., p. 1118. Di diverso avviso è C. Glendi, il quale si domanda in specie se «stravolgere sino a tal punto la legge, e aggravare, anziché alleviare, le sorti di tutti i soggetti coinvolti in questa complicata materia, solo per togliersi lo sfizio di poter dire, ancora una volta, con una litania, tanto inutile, come ormai stucchevole, che l'art. 19 del D. Lgs n. 546/1992 non conta più nulla, trasformando così persino il pignoramento, mobiliare, immobiliare o presso terzi, in un atto autonomamente impugnabile soltanto davanti al giudice tributario, qualora se ne voglia dedurre l'illegittimità per mancata notifica del titolo esecutivo, ancorché detta norma e soprattutto l'art. 2 del D. Lgs. citato lo escludano in maniera assai netta, non è un po' troppo, anche per le onnipotenti SS. UU. della Suprema Corte?». Così C. Glendi, *Le Sezioni Unite della Cassazione "stravolgono" i confini tra giurisdizione tributaria e giurisdizione ordinaria sul versante dell'esecuzione forzata*, cit., p. 773. Per il chiaro Autore «Ferma l'invalidità degli atti esecutivi, da far valere con l'opposizione ex art. 617 c.p.c. nelle forme e nei termini previsti dal Codice di procedura civile, entro il termine di 60 giorni dal ricevimento della comunicazione di presa in carico o dall'effettuato pignoramento o della notizia che ne abbia avuto l'interessato, quest'ultimo è pienamente legittimato a proporre impugnativa contro tali atti davanti al giudice tributario, denunziandone l'illegittimità per i vizi che sono loro propri...». Ma si tratta pur sempre continua l'A. della «ordinaria impugnazione di detti atti esercitata all'interno della giurisdizione tributaria ex art. 19, D.Lgs. n. 546/1992. Senza alcun bisogno di trasformare quelli che sono propriamente vizi di atti autonomamente impugnabili, per i quali è normativamente previsto questo tipo d'impugnazione, ... in esclusivi vizi unicamente suscettibili di essere denunziati attraverso una sorta di deformata opposizione agli atti esecutivi contro atti dell'esecuzione forzata tributaria (pignoramento), da proporsi solo davanti al giudice tributario nelle forme previste per le impugnative di atti autonomamente

Sotto tale profilo ciò che conta è in sintesi la natura dell'atto, ossia che si tratta o no di un atto del procedimento di espropriazione.

Nel caso, avendo già escluso che la sospensione ex art. 48 *bis* sia un atto dell'esecuzione forzata, la sua collocazione nella sequenza procedimentale subito dopo la cartella di pagamento è chiaramente di per sé ininfluente. La dimostrata natura cautelare della misura è infatti, come è evidente, in antitesi con la qualificazione del provvedimento come atto dell'espropriazione forzata.

Del pari irrilevante è la posizione topografica della disciplina nel capo I del titolo II. Da essa non può invero dedursi l'ascrivibilità dell'atto a quelli propri dell'esecuzione, ma al contrario il suo carattere servente alla riscossione coattiva strettamente intesa, la quale è disciplinata nel capo II e ha inizio con il pignoramento.

Lo stretto nesso esistente fra il blocco e il pignoramento speciale di cui all'art. 72 *bis* non può certo valere ad attrarre il primo alla giurisdizione del secondo. Dalla disciplina positiva risulta invero che alla sospensione non segue

impugnabili, ancorché non prevista dall'art. 19 del D.Lgs. n. 546/1992». Per l'A. fautore della persistenza di una tutela diversificata resta impregiudicata la possibilità di proporre «davanti al giudice ordinario, l'opposizione agli atti esecutivi secondo le forme (ricorso, in via autonoma, davanti al giudice dell'esecuzione) ed entro i termini (20 giorni) di cui all'art. 617 c.p.c.». Così C. Glendi, *op. cit.*, p. 769. Sul vuoto di tutela è intervenuta da ultimo la Consulta, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 57, co. 1, lett. a), del d.P.R. n. 602/73 (come sostituito dall'art. 16 del D. Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46), nella parte in cui, per le controversie in materia di tributi, non consente le opposizioni all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. per motivi diversi da quelli attinenti alla impignorabilità dei beni. Cfr. Corte Costituzionale, 31 maggio 2018, n. 114, in *GT – Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 8 (2018), p. 658, con commento di F. Randazzo, *La Consulta ammette entro certi limiti l'opposizione all'esecuzione in materia tributaria – Riscossione – Con l'opposizione all'esecuzione il giudice ordinario potrà arrestare l'espropriazione esattoriale priva di titolo*; in *Giur. it.*, 12 (2018), p. 2661, con commento di A. Guidara, *Esecuzione forzata tributaria. Il discutibile ampliamento dell'opposizione all'esecuzione in materia tributaria conseguente all'intervento della Corte costituzionale*; in *Dir. prat. trib.*, 6 (2018), p. 2675 nota di Dalla Bontà. Ritene che «l'apertura che essa reca è sicuramente apprezzabile nella misura in cui si ammette una tutela che veniva esclusa da vari giudici di merito» A. Guidara, *Esecuzione forzata tributaria. Il discutibile ampliamento dell'opposizione all'esecuzione in materia tributaria conseguente all'intervento della Corte costituzionale*, cit., p. 2663. Sul tema della tutela del contribuente nella fase della riscossione coattiva v. da ultimo G. Costantino, *La tutela del soggetto passivo nella riscossione coattiva*, in *Il Foro italiano*, 10 (2018), pp. 310 ss. Antecedentemente all'intervento delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale v. di recente senza pretesa di esaustività G. Sbaraglia, *Lo "stato dell'arte" della tutela giurisdizionale del contribuente nella fase della riscossione coattiva*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 4 (2015), pp. 923 ss.; V. Nucera, *La tutela del contribuente nella riscossione coattiva*, in *Rass. trib.*, 4 (2012), pp. 1049 ss.; A. Scala, *La tutela del contribuente nella riscossione coattiva*, in *Rass. trib.*, 5 (2008), pp. 1299-1316; V. inoltre G. Boletto, *Giurisdizione tributaria e accertamento del credito (tributario) pignorato*, in *Riv. dir. trib.*, 3 (2015), p. 138.

necessariamente l'ordine di versamento, ben potendo accadere che antecedentemente alla notifica del pignoramento intervengano pagamenti da parte del destinatario o provvedimenti dell'ente creditore che fanno venir meno l'inadempimento o ne riducono l'ammontare¹⁸⁸. Sotto tale profilo, parafrasando i giudici di legittimità, si potrebbe affermare che la sospensione *ex art. 48 bis* sia un atto riferito ad una procedura «alternativa all'esecuzione forzata vera e propria»¹⁸⁹.

Non vale infine ad escludere *ratione materiae* la giurisdizione tributaria l'argomento secondo il quale, poiché l'adozione del provvedimento in esame (a differenza del fermo amministrativo generale) presuppone soltanto l'accertamento dell'inadempimento e non anche la valutazione sul *fumus* della pretesa creditoria, le relative controversie non verterebbero sull'accertamento della debenza del credito iscritto a ruolo.

A tal proposito basti osservare che secondo autorevole dottrina, poiché in materia tributaria il ruolo «finisce con il non essere più assunto a mero titolo esecutivo, ma a provvedimento ablativo» ossia è «il titolo anche sostanziale dell'esecuzione forzata», le liti di riscossione si collocherebbero in un'ottica di «verifica della legittimità degli atti amministrativi più che della effettiva doverosità delle somme»¹⁹⁰.

Il fatto che nelle controversie sul provvedimento di sospensione *ex art. 48 bis* non si discuta della effettiva debenza delle somme iscritte a ruolo non è dunque affatto singolare né tanto meno può incidere sulla questione della giurisdizione, perché le liti sulla legittimità degli atti della riscossione (fra i quali si annoverano le misure cautelari dell'agente) sono tendenzialmente

¹⁸⁸ Cfr. art. 3, co. 5, del d.m. n. 40/2008, ai sensi del quale, ove si verifichi una di tali ipotesi, l'agente della riscossione deve darne comunicazione «prontamente al soggetto pubblico, indicando l'importo del pagamento che quest'ultimo può conseguentemente effettuare a favore del beneficiario».

¹⁸⁹ Sembra essere questo l'argomento in forza del quale la Suprema Corte riconosce la giurisdizione del giudice tributario anche per le controversie relative all'ipoteca di epoca antecedente alla citata modifica dell'art. 19. Cfr. Cass., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 19667, ove si afferma che «la ragione che ne giustifica, come accade per il fermo amministrativo, l'attribuzione alla giurisdizione del giudice tributario senza che sussista alcuna violazione del precetto costituzionale che vieta l'istituzione di giudici speciali» è proprio la «rilevata alternatività dell'iscrizione ipotecaria rispetto all'espropriazione». Secondo la Corte in specie «a dispetto della "collocazione topografica" nel decreto di riferimento e dello stretto legame strumentale che lega iscrizione ipotecaria D.P.R. n. 602 del 1973, *ex art. 77* ed espropriazione, ... il fatto che secondo la disciplina positiva non necessariamente l'espropriazione deve seguire all'iscrizione ipotecaria, autorizza a ritenere che quest'ultima sia un atto riferito ad una procedura alternativa all'esecuzione forzata vera e propria».

¹⁹⁰ S. La Rosa, *La tutela del contribuente nella fase della riscossione*, cit. pp. 775-776.

dirette ad accertare la regolarità del procedimento e l'esistenza dei presupposti per la loro adozione¹⁹¹.

Pertanto, laddove la misura sia assunta a tutela di un credito tributario, non sembra possa dubitarsi che il giusdicente sia quello tributario¹⁹². In particolare, la materia tributaria pare sussistere sia quando le questioni sollevate attengano alla regolarità formale e alla notificazione del titolo esecutivo, giacché tali aspetti costituiscono «condizioni sostanziali della legittimità del prelievo»¹⁹³, sia allorché esse riguardino la definitività della pretesa a tutela della quale la misura è assunta per mancata impugnazione del provvedimento “prodromico”, giacché siffatta questione può influire «non sulla giurisdizione, che è un *prius*, ma solo sulla decisione nel merito della domanda, che è un *posterius*»¹⁹⁴.

A fugare ogni ulteriore dubbio sull'attribuzione al giudice tributario delle liti sui provvedimenti di sospensione a tutela di crediti tributari è infine il nesso di strumentalità sussistente fra la misura cautelare di cui all'art. 48 *bis* e il diritto a tutela del quale essa è assunta. Nel caso, più che nell'ipotesi di fermo amministrativo generale, le vicende attinenti al diritto per la cui provvisoria tutela esso è adottato si riverberano direttamente sul presupposto che legittima la sospensione. Invero, mentre con riferimento al fermo amministrativo generale si può ad esempio dubitare della rilevanza dell'annullamento dell'atto con una sentenza non passata in giudicato, nella fattispecie di cui all'art. 48 *bis*, qualora l'atto contenente la pretesa tutelata sia annullato o anche semplicemente sospeso in via giurisdizionale o amministrativa, non vi è dubbio che venga meno la condizione per il blocco del pagamento e che questo dovrà essere “revocato”.

Giova da ultimo ricordare che, essendo la sospensione una misura cautelare “necessitata”, non sembrano nel caso ipotizzabili i sintomi dell'eccesso di potere sotto il profilo della ragionevole sussistenza delle esigenze cautelari (urgenza o *periculum in mora*) o del giusto temperamento tra gli interessi

¹⁹¹ Diverso è ovviamente il caso in cui l'atto della riscossione sia il primo atto notificato al contribuente con il quale egli viene a conoscenza della pretesa.

¹⁹² La giurisprudenza di merito ha affermato il potere di conoscere, in via incidentale, del provvedimento di sospensione di cui all'art. 48 *bis*. Sul punto cfr. C.T.R. Lombardia – Milano, sentenza 27 giugno 2017, n. 2850, in banca dati www.leggiditalia.it, ove si afferma che «poiché in materia tributaria vige una giurisdizione generale ed esclusiva *ratione materiae* (ex art. 2, c.1, D.Lgs. n. 546 del 1992) che non può non comprendere la cognizione di ogni eventuale accessorio del tributo: interessi, sanzioni, spese etc. le Cc.Tt. – *incidenter tantum* – lo conosceranno in via incidentale ex art. 2 c. 3 D.Lgs. n. 546 del 1992 per disapplicarlo ex artt. 4 e 5, l. 2248/1865».

¹⁹³ V. S. La Rosa, *La tutela del contribuente nella fase della riscossione*, cit. p. 776.

¹⁹⁴ Cfr. Cass., Sez. Unite, 22 dicembre 2010, n. 25983, cit.

rilevanti, né è possibile immaginare un sindacato di proporzionalità della misura rispetto al pregiudizio prefigurato e alle finalità perseguite; sicché anche sotto tale profilo la giurisdizione sul provvedimento *ex art. 48 bis* adottato a tutela di un credito tributario non pare possa essere quella del giudice amministrativo, il quale in caso di carenza di potere in concreto dovrebbe declinare la propria giurisdizione esistendo *ratione materiae* quella esclusiva del giudice tributario¹⁹⁵. Secondo la migliore dottrina ricorre invero l'ipotesi della «inesistenza “in concreto” del potere» allorché l'atto sia posto in violazione di una norma di relazione la quale individua un presupposto in concreto per l'esercizio del potere (in fattispecie quello cautelare) la cui mancanza preclude l'esercizio dello stesso¹⁹⁶.

Sulla base di quanto fin qui esposto sembra in sintesi che non sussistano ragioni per ritenere non applicabile alle controversie relative alla sospensione dei pagamenti il principio secondo il quale la giurisdizione spetta al giudice competente a decidere sulla controversia relativa al diritto garantito.

Resta però il problema della mancata previsione ad oggi dell'obbligo di comunicazione del provvedimento di sospensione al suo destinatario. Stante la rilevante attitudine offensiva della misura, la quale incide (sebbene provvisoriamente) sulla realtà giuridica esterna e sulle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari, facendo emergere per la parte l'interesse immediato alla sua concreta “eliminazione”, si ritiene che debba consentirsi l'impugnazione di qualunque atto mediante il quale il destinatario ne viene a conoscenza.

Rimane auspicabile che il legislatore intervenga a ristabilire gli opportuni bilanciamenti fra l'esigenza della pronta riscossione delle entrate pubbliche e quella dei destinatari a non vedere eccessivamente compressi e compromessi i propri diritti e a definire quel sistema di tutele amministrative e giurisdizionali previsto per le altre misure cautelari dell'agente.

¹⁹⁵ Sul punto v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2010, pp. 548-549, secondo il quale l'atto emesso in carenza di potere in concreto (e dunque lesivo di un diritto soggettivo) è annullabile dal giudice amministrativo solo nell'ipotesi in cui esso sia riconducibile ad una materia nella quale sussista la giurisdizione esclusiva amministrativa. Non sembra in sostanza che allorché il credito sia tributario possa farsi valere l'argomento fondato sull'attribuzione (con l'entrata in vigore della legge n. 15/2005) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle questioni relative alla nullità del provvedimento. In tal senso v. B.G. Mattarella, *Il fermo amministrativo: erosione di un privilegio*, cit., p. 1062.

¹⁹⁶ Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 549.

Abstract: The recent legislative intervention to extend the scope of application of the payment block pursuant to art. 48 bis of the Presidential Decree n. 602/73, to which further and not less incisive effects are connected, induces to proceed to its systematic classification. To this end, after having demonstrated that the measure can be attributed to the automatic precautionary measures with anticipatory content, the possible remedies to the lack of protection of the subject are envisaged on the basis of the principles of the national and EU legislation.

Keywords: nature and effects of the payment block; precautionary measures; remedies to the lack of protection of the subject

Valeria Carro

*Professore aggregato di diritto romano, Università degli Studi di
Napoli Federico II*

***Alcune osservazioni in tema di communio: la natura
giuridica dell'actio communi dividundo****

***Some observations about communio: the legal nature of the
actio communi dividundo***

***1. ... pluribus modis communia sunt 2. Breve excursus storico
sul concetto di communio 3. La communio come fenomeno giuridico
complesso - 4. L'actio communi dividundo: la sua natura giuridica 5. La
formula dell'actio communi dividundo tra bona fides e ... 6. ... societas.***

1. ... pluribus modis communia sunt ...

Nel *de beneficiis* 7.12 Seneca sostiene che la comunanza di beni che c'è con un amico non può considerarsi come quella che c'è con un socio, nel qual caso una parte è dell'uno e una parte è dell'altro ... *ut pars mea sit, pars illius ...*, ma come quella comunanza che c'è fra padre e madre nei riguardi dei figli: se questi sono due non ne posseggono uno ciascuno, ma a ciascuno appartengono tutti e due ... *quibus quum duo sunt, non singuli singulos habent, sed singuli binos*. È evidente che ... *hoc consortium solum inter sapientes est, inter quos amicitia est; ceteri non magis amici sunt, quam socii*.

Nel passo si legge che ci sono vari modi di avere in comune una cosa: ... *pluribus modis communia sunt ...*.*

I seggi equestri, nei teatri, appartengono a tutti i cavalieri romani; tra tutti i posti quello che si occupa diventa proprio nello specifico. Se lo si cede a qualcuno, sebbene si faccia così dono di una cosa che si ha in comune, il gesto è classificato comunque come un dono.

Certe cose, così, ci appartengono a determinate condizioni: *quaedam quorumdam sub certa conditione sunt*.

Tra i seggi equestri se a qualcuno spetta uno, ciò sarà non per venderlo, non per darlo in affitto, non per abitarlo, ma solo per assistere agli spettacoli.

Si possiede così un posto nel settore riservato ai cavalieri, ma se si arriva in teatro e i seggi equestri sono occupati, si ha sempre, legalmente, il posto perché si ha il diritto di sedersi ma, di fatto, non lo si ha perché il posto è occupato da coloro che hanno in comune il diritto a quei posti. Lo stesso

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

avviene tra amici: tutto ciò che ha un amico, l'ha in comune con noi, ma è proprietà specifica di chi lo possiede concretamente. Ciò che è del proprio amico è condiviso, ma certo non lo si può vendere.

Nemmeno i seggi si possono vendere e pure questi sono in comune con gli altri appartenenti all'ordine equestre.

Non poter vendere o consumare o deteriorare una cosa non prova che non si è il proprietario in quanto si è padroni anche di ciò che si possiede sotto il vincolo di determinate condizioni: *non est argumentum, ideo aliquid tuum non esse, quia vendere non potes, quia consumere, quia mutare in deterius aut melius non potes. Tuum enim est, etiam quod sub lege certa tuum est. Accepi, sed cuncti non minus.*

2. Breve excursus storico sul concetto di *communio*

La testimonianza di Seneca conferma quanto articolato sia il concetto di comunione nelle fonti, cosa avvalorata anche dalla circostanza che lo stesso non sia nemmeno espresso con locuzioni unitarie quali *condominium* e *comproprietas*¹.

Gli agri cittadini che in età arcaica erano caratterizzati da una comunanza gentilizia² furono sottoposti soltanto nel VI sec. a. C. a *divisiones et adsignationes* ai singoli *patres familiarum*³. Le estensioni di territorio non assegnate a privati, così, furono intese come oggetto di comunanza di godimento di tutto il *populus Romanus Quiritium*, rientranti come *ager publicus* nella sfera di azione del *ius publicum*⁴.

Prima della costituzione della *civitas quiritaria* i membri liberi della *familia*⁵ erano in origine partecipi a titolo di comunione indifferenziata delle *res familiares* da cui derivarono le *res Mancipi*⁶:

¹ B. Biondi, *Comunione. Diritto romano (voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Torino 1959, pp. 855 ss.; A. Biscardi, *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo*, 1 (1955), pp. 154 ss.

² v. V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, 7ª ed., Napoli 1957, p. 33.

³ Cfr. U. Vincenti, *Esclusione o inclusione? Riflessioni a partire dagli agri divisi vel adsignati*, in AA.VV., *Sistemi centuriati e opere di assetto agrario tra età romana e primo medioevo. Atti del Convegno - Borgoricco (Padova), Lugo (Ravenna), 10-12 settembre 2009*, in *Agri centuriati. An International Journal of Landscape Archaeology*, 6 (2009), pp. 253 ss.

⁴ v. D. Mantovani, *L'occupazione dell'ager publicus e le sue regole prima del 367 a.C.*, in *Athenaeum*, 85 (1997), pp. 575 ss.; A. Burdese, *Studi sull'ager publicus*, Torino 1952, pp. 10 ss.; F. Bozza, *La possessio dell'ager publicus*, Napoli 1938, pp. 20 ss.

⁵ Cfr. A. Guarino, *L'ordinamento giuridico romano*, 3ª ed., Napoli 1959, p. 72, pp. 282 ss.; P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, Roma 1925, pp. 6 ss.

⁶ v. M. Bretone, *Consortium e communio*, in *Labeo*, 6 (1960), pp. 163 ss.; M. Kaser, *La famiglia romana arcaica*, in *Annali Triestini*, 20 (1952), pp. 43 ss.; Id., *Das altrömische ius*, Göttingen 1950, pp. 159 ss.; F. Wieacker, *Hausgenossenschaft und Erbinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*, in AA.VV., *Festschrift H. Sieber*, vol. I, Leipzig 1941, pp.

Gai 2.157. *Sed heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et sui quidem vivo quoque parente quodam modo domini existimantur.*

Le origini della comproprietà romana indicata con l'espressione *rem communem habere* o *rem plurium esse* vanno ricercate proprio nel consorzio *familiae* costituito da *sui heredes* alla morte del *pater familias* e che poteva costituirsi anche tra estranei.

In Gaio 3.154a è attestato il *consortium fratrum suorum*:

Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur 'ercto non cito', id est dominium non diviso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem dividere est: unde caedere et secare dicimus.

Esso si costituiva tra i *sui heredes* del *pater familias* morto fino alla divisione del compendio ereditario. Alla morte del padre di famiglia si creava tra gli eredi propri una sorta di società al tempo stesso legittima e naturale, chiamata *ercto non cito* ossia proprietà indivisa: *erctum*, infatti, significa proprietà, ragion per cui il proprietario viene detto *erus* e *ciere* significa dividere da cui derivano tagliare, separare e dividere.

In Gaio 3.154b si descrive il *consortium ad exemplum fratrum suorum* che si costituiva consensualmente attraverso una procedura giudiziaria tra coloro che intendevano mettere in comunione un patrimonio o un bene reale⁷:

Alii quoque, qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. In hac autem societate fratrum ceterorumve qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando

Chiunque altro avesse voluto costituire la stessa società avrebbe potuto farlo dinanzi al pretore tramite una specifica azione di legge.

A questa società tra fratelli o tra quanti altri l'avessero costituita come fossero fratelli, era proprio il principio secondo cui, anche se uno solo dei soci avesse manomesso uno schiavo comune, questi era reso libero e diveniva liberto rispetto a tutti; e così, se avesse mancipato una cosa comune, la trasferiva all'acquirente in proprietà quiritaria ... ⁸.

Ciascun consorte era legittimato non solo a godere delle cose comuni, ma a disporre con effetto vincolante per tutti gli altri salvo che non ne fosse

1 ss.; Id., *Societas, Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft des römischen Rechts*, Weimar 1936, pp. 113 ss.

⁷ Cfr. M. Evangelisti, *Consortium, erctum citum: etimi antichi e riflessioni sulla comproprietà arcaica*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e tradizione romana. Rivista telematica* (dirittoestoria.it), 6 (2007); A. Torrent, *Consortium ercto non cito*, in *Anuario de historia del derecho español*, 3 (1964), pp. 497 ss.; M. Bretone, *Consortium e communio*, cit., pp. 163 ss.

⁸ v. F. Lamberti, *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino 2014, p. 39.

impedito dalla *prohibitio* di qualcun altro fra i comunisti. L'estinzione del *consortium* avveniva con l'*actio familiae erciscundae* quale strumento di divisione del patrimonio del *de cuius* tra gli eredi.

L'istituto scomparve prima della fine della Repubblica⁹, ma gli sopravvisse la *communio* che, come disciplinata dal diritto romano, rappresenta una importante chiave di lettura storica per l'interpretazione dell'istituto nel diritto civile vigente in Italia¹⁰.

3. La *communio* come fenomeno giuridico complesso

In diritto romano la *communio*¹¹ non si esprime nel senso di un godimento *in solidum* del *dominium* e della *possessio* di un'unica *res* in quanto il dominio di ciascun condòmino rappresenta una parte non materiale, ma intellettuale del tutto:

D. 13.6.5.15 (Ulp. 28 *ad ed.*) *Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius 'scripsit' libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. Et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectum me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. Sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit,*

⁹ Cfr. P. Frezza, *Il consortium ercto non cito e i nuovi frammenti di Gaio*, in *Rivista di Filologia e Istruzione Classica*, 62 (1934), pp. 27 ss.

¹⁰ Cfr. S. Riccobono, *Dalla communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in Legal History*, (1913), pp. 33 ss. Il Codice Civile disciplina la comunione nel libro III titolo VII artt. 1100-1139.

¹¹ Cfr. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2^a Aufl., vol. I, München 1971, pp. 100 ss.; J. Gaudemet, *Étude sur le régime de l'indivision en droit romain*, Paris 1934, pp. 10 ss.; G. Branca, *Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, n.s. a. 6, fasc. 2/3, (1931), pp. 215 ss. e n.s. a. 7, fasc. 2, (1932), pp. 27 ss.; V. Scialoja, *Teoria della proprietà in diritto romano*, vol. I, Roma 1928, pp. 425 ss.; K. Engländer, *Die regelmässige Rechtsgemeinschaft*, vol. I, Berlino 1914; P. Bonfante, *Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 25 (1912), pp. 196 ss. e in *Scritti giuridici varii*, vol. III, Torino 1926, pp. 454 ss.; C. Fadda, *Consortium, collegia magistratuum, communio*, in AA. VV., *Studi per B. Brugi*, Palermo, 1910, pp. 139 ss.; C. Manenti, *Concetto della communio relativamente alle cose private, alle pubbliche e alle communes omnium*, in *Filangieri*, 19 (1894), pp. 321 ss.; S. Perozzi, *Un paragone in tema di comproprietà*, in *Mélanges Girard*, vol. II, Paris 1912, pp. 355 ss.; Id., *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, in *Filangieri*, 15 (1890), pp. 1 ss.; G. Segrè, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 6 (1888), p. 353; 8 (1889), pp. 145 ss.

*liberabit alterum et ambobus competit furti actio, ... D. 13.6.6 (Pomp. 5 ad Sab.) ut alterutro agente alterius actio contra furem tollatur*¹².

Il testo riguarda il caso posto da Celso sul comodato o la locazione congiunta di un veicolo a due persone relativamente al quale il giurista *libro sexto digestorum* afferma che non può esservi proprietà o possesso di due persone per l'intero, né ciascuno può essere proprietario di una singola parte di una cosa unitaria, ma ha la proprietà del tutto per una quota parte indivisa¹³.

Una pluralità di soggetti, quindi, implica una pluralità di diritti¹⁴: ciascun condòmino in tanto è proprietario, in quanto ha precisamente il diritto di escludere lo stesso condòmino dal godimento. Di conseguenza la *communio* si sostanzia nello stato di coincidenza dei diritti¹⁵: più diritti di *dominium* coesistono così su un'unica *res* con la titolarità di ciascun condòmino su tutta la cosa.

La *communio*, quale vicenda di coincidenza di diritti soggettivi, è vista, pertanto, con una sorta di disfavore in quanto vi sottende una tensione naturale alla divisione derivata dal contrasto dei *dominia* e dalla possibilità di ciascun *dominus* di disporre del tutto, ma contemporaneamente di vedersi opporre l'esercizio dello *ius prohibendi*¹⁶.

Dalla titolarità sull'intera *res* ne consegue che: se un condòmino manomette lo schiavo comune¹⁷ o rinuncia alla sua quota¹⁸ oppure non può acquistare quello

¹² D. 49.17.19.3 (Tryph. 18 disp.) ... *occurrebat enim non posse dominium apud duos pro solido fuisse*.

¹³ Inoltre trattandosi di veicolo comodato o locato non si potrebbe utilizzarlo che in modo parziale non potendosi occupare tutte le parti del veicolo. Ma è più vero, si afferma, che per il tutto si debba rispondere per il dolo, la colpa, la mancata diligenza e la mancata custodia. Per cui si avranno in certo modo due condebitori 'solidali' e, se uno di essi, convenuto in giudizio avrà adempiuto, libererà l'altro, mentre compete ad entrambi l'azione di furto così che agendo uno dei due si estingue l'azione dell'altro contro il ladro.

¹⁴ Cfr. S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, pp. 157 ss.

¹⁵ Cfr. P. Bonfante, *Premesse critiche sull'ordinamento positivo del condominio*, in *Scritti giuridici varii*, vol. III, Torino 1926, pp. 376 ss.

¹⁶ Cfr. M. Evangelisti, *Riflessioni sulla natura e l'evoluzione del ius prohibendi*, in *Koinonia*, 41 (2017), pp. 423 ss.; A. Bignardi, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una "regula iuris"*, Milano 1992, pp. 36 ss.

¹⁷ Tit. Ulp. 1.18. *Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque adcrevit socio, maxime si eo modo manumiserit, quo, si proprium haberet, civem Romanum facturum esset. Nam si inter amicos eum manumiserit, plerisque placet eum nihil egisse*; PS. 4.12.1. *Servum communem unus ex dominis manumittendo Latinum facere non potest nec magis quam civem Romanum: cuius portio eo casu, quo, si proprius esset, ad civitatem Romanam perveniret, socio adcrevit*. Cfr. M. Bretone, *Servus communis: contributo alla storia della proprietà romana in età classica*, Napoli 1958, 30 ss.; C.A. Maschi, *Sull'origine del regime giustiniano della 'manumissio' del servo comune*, in AA. VV., *Studi in memoria di A. Albertoni*, vol. II, Padova 1937, pp. 421 ss.

¹⁸ Dubbi sulla operatività dello *ius adcrevendi* esprime M. Evangelisti, *Riflessioni in tema di ius adcrevendi (tra communio e coeredità)*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e tradizione romana. Rivista telematica* (dirittoestoria.it), 10 (2011-12). Si veda ivi ampia letteratura sulla interpretazione della "controversa" fonte in materia di

che acquista lo schiavo comune¹⁹, la quota si acquista per diritto di accrescimento agli altri condòmini²⁰.

Non è possibile, inoltre, costituire servitù tra due fondi dei quali uno sia comune e l'altro in proprietà esclusiva di uno dei soci²¹.

Relativamente alla disposizione materiale ciascun condòmino acquista la proprietà dei frutti *iure soli* all'atto della separazione, ma *pro parte* e in ordine alla disposizione giuridica ciascun condòmino esercita *pro parte* le sue facoltà e così può alienare la *sua pars dominii*, gravarla di usufrutto, costituirla in pegno ed in ipoteca.

Sarà la *prohibitio*, quale residuo della difesa privata del dominio, a limitare l'iniziativa del singolo sulla sfera giuridica altrui²²:

D. 8.5.11 (Marc. 6 dig.) *An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. Et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit.*

Il principio è espresso anche in:

D. 10.3.28 (Pap. 7 quaest.) *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus*

accrescimento: D. 41.7.3 (Mod. 6 diff.). *An pars pro derelicto haberi possit, quaeri si in re communi socius partem suam reliquerit. Eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.*

¹⁹ D. 45.3.1.4 (Iul. 52 dig.). *Communis servus duorum servorum personam sustinet. Idcirco si proprius meus servus communi meo et tuo servo stipulatus fuerit, idem iuris erit in hac una conceptione verborum, quod futurum esset, si separatim duae stipulationes conceptae fuissent, altera in personam mei servi, altera in personam tui servi: neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem nullius esse momenti, quia persona servi communis eius condicionis est, ut in eo, quod alter ex dominis potest adquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si eius solius esset, cui adquirendi facultatem habeat.*

²⁰ Cfr. P. Bonfante, *Il ius adcrendi nel condominio*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, 46 (1913), pp. 831 ss. e in *Scritti giuridici varii*, vol. III, Torino 1926, pp. 434 ss.

²¹ D. 8.3.32 (Afr. 6 quaest.) *Fundus mihi tecum communis est: partem tuam mihi tradidisti et ad eundem viam per vicinum tuum proprium. Recte eo modo servitutem constitutam ait, neque quod dici soleat per partes nec adquiri nec imponi servitudes posse isto casu locum habere: hic enim non per partem servitutem adquiri, utpote cum in id tempus adquiratur, quo proprius meus fundus futurus sit.*

²² La *prohibitio* lasciava posto al consenso di tutti i condòmini, nel caso di alienazione o costituzione di diritti riguardanti tutta la cosa comune. Cfr. P. Bonfante, *Il ius prohibendi nel condominio*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo* 46 (1913), pp. 665 ss. e in *Scritti giuridici varii*, vol. III, Torino 1926, pp. 382 ss.

tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.

Ciascun condòmino esercita il suo diritto in modo indipendente sempre che si tratti di atti soggetti all'esercizio *pro parte*²³. Ed è qui che interviene il concetto di quota che limita i poteri dei singoli condòmini ed esprime come conseguenza naturale la considerazione di un diritto del singolo *dominus* proporzionato al *quantum* spettantegli all'atto della divisione.

Ciascuno può esercitare così il suo diritto fatto salvo il limite costituito dal diritto di proprietà degli altri condòmini²⁴ in modo che la proprietà sul tutto e la limitazione alla quota che determina i limiti dei poteri dei singoli condòmini non sono concetti confliggenti.

La figura del comproprietario quale *dominus* su tutta la cosa è paragonabile a quella del magistrato collegiale titolare dell'*imperium* nella sua unità. Il principio è alla base anche dell'organizzazione delle magistrature repubblicane in cui ciascun magistrato esercita l'*imperium* di cui è titolare fino a quando l'altro collega non attua l'*intercessio*²⁵.

4. *L'actio communi dividundo: la sua natura giuridica*

In età giustinianea, tuttavia, la tendenza a sopprimere ogni residuo di difesa privata ha come conseguenza che la *prohibitio* viene esercitata giudiziarmente con l'*actio communi dividundo*²⁶. La *prohibitio* produrrà, così, efficacia non in ogni caso né per volontà mera del condominio bensì ... *si toti societati prodest* ... come si legge in:

²³ Tra i condòmini, inoltre, sono esperibili le tipiche azioni a difesa del dominio: la *rei vindicatio*, l'*actio publiciana*, la *conditio furtiva* nonché le azioni penali spettanti al *dominus*. Cfr. B. Biondi, *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'* I, in *Annali dell'Università di Palermo*, 7 (1918), pp. 176 ss.; E. Ein, *Le azioni dei condomini*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 39 (1931), pp. 73 ss.

²⁴ A. Guarino, *Comunione. Diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano 1961, pp. 232 ss.; G.G. Archi, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 8 (1942), pp. 197 ss. In particolare B. Biondi, *Comunione. Diritto romano (voce)*, cit., pp. 855 ss. osserva che in tal senso la *communio* può essere rapportata all'obbligazione solidale attiva: obbligazione e prestazione sono uniche per cui ciascun creditore è titolare dell'intero credito sulla base della reciproca limitazione dovuta al fatto che lo stesso diritto spetta a più persone.

²⁵ v. C. Fadda, *Consortium, collegia magistratuum, communio*, cit., pp. 139 ss.; S. Perozzi, *Un paragone in tema di comproprietà*, cit., pp. 331 ss.; P. Frezza, *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, in AA.VV., *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, pp. 507 ss.

²⁶ E. Albertario, *Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale*, in *Studi di diritto romano*, vol. IV, Milano 1993; V. Arangio-Ruiz, *Appunti sui giudizi divisori*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 52 (1912), p. 226.

D. 8.2.26 (Paul. 15 *ad Sab.*) *In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit. Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.*

A considerare il condòmino quale proprietario di una quota ideale contribuisce così l'affermarsi del principio della maggioranza degli interessi che vincola la minoranza in disaccordo.

La divisione della *res communis*, dunque, oltre che volontaria in caso di trasferimento reciproco delle singole quote divise assegnate tra di loro dai vari condòmini, può anche essere giudiziaria²⁷.

Il giudice fraziona la cosa in parti proporzionali alle quote di ciascun socio. Se la *res* non è divisibile viene venduta ad un terzo e si ripartisce il prezzo oppure si aggiudica ad uno solo dei condòmini, il quale è condannato a pagare agli altri una somma di denaro corrispondente alle loro quote di proprietà.

La divisione romana, che nelle *legis actiones* si operava con la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, ha natura costitutiva e non dichiarativa in quanto con l'*adiudicatio* il giudice attribuiva la proprietà con nuovo contenuto al non più comunista che acquistava la proprietà sulla porzione materiale aggiudicatagli dal momento della divisione, in assenza di controversia in quanto tutti i condòmini riconoscevano il diritto degli altri sulla cosa comune²⁸.

L'*actio communi dividundo* regolava, separatamente dalla divisione, anche i rapporti sorti tra i condòmini, cd. *praestationes personales*, relativamente a danni subiti e spese sostenute da un condòmino per la cosa comune nonché ai frutti percepiti oltre la quota di ciascuno.

La *communio* si estende, poi, fino ad indicare la contitolarità di qualsiasi diritto soggettivo diverso dai diritti di credito con la conseguenza che si estende anche l'applicazione dell'*actio communi dividundo*:

D. 10.3.4pr. (Ulp. 19 *ad ed.*) *Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis.*

Malgrado l'assenza di una controversia le fonti chiariscono ampiamente i criteri per individuare chi potesse identificarsi come attore:

D. 10.1.10 (Iul. 51 *dig.*) *Iudicium communi dividundo ... tale est, ut in eo singulae personae duplex ius habeant agentis et eius quocum agitur.*

L'azione di divisione della comunione ... è tale che in essa le singole persone che sono parti nel processo hanno un diritto duplice: di colui che agisce e di colui con il quale si agisce. Nei giudizi duplici cioè quelli ... di divisione della comunione si pone la questione su chi si ritenga essere l'attore, poiché si

²⁷ Cfr. M. Marrone, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 2004, p. 866.

²⁸ Cfr. P. Frezza, *Actio communi dividundo*, in *Scritti*, vol. I, Roma 2000, pp. 29 ss.; O. Geib, *Die rechtliche Natur der actio communi dividundo*, Tübingen 1882, pp. 3 ss.

considera eguale per tutti la causa per cui si agisce: parve, poi, preferibile che si considerasse attore colui che avesse proposto l'azione²⁹:

D. 10.3.2.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) *In tribus duplicibus iudiciis familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum, quaeritur, quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur: sed magis placuit eum videri actorem, qui ad iudicium provocasset.*

e

D. 5.1.13 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) *In tribus istis iudiciis familiae erciscundae, communi dividundo et finium regundorum quaeritur quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem qui ad iudicium provocasset.*

Il giudice attribuiva ai comunisti le singole parti della cosa attraverso i conguagli.

A tale azione si ricorre in caso di divisione di qualsiasi diritto spettante *pro indiviso* ad una pluralità di persone. Nelle fonti si applica, alle servitù, usufrutto e uso³⁰, enfiteusi e superficie³¹, fiducia e pegno³², possesso³³.

In Inst. 4.6.20 si arriva a generalizzare ed estendere il concetto di *communio*.

L'azione così acquista carattere misto tanto *in rem* che *in personam* e la *communio* si estende così ai diritti reali limitati e al possesso³⁴:

Inst. 4.6.20 *Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur tam in rem quam in personam. Qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate: item communi dividundo, quae inter eos redditur inter quos aliquid commune ex quacumque causa est, ut id dividatur: item finium regundorum, quae inter eos agitur qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare et, si unius pars praegravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

5. La formula dell'actio communi dividundo tra bona fides e ...

²⁹ Cfr. B. Biondi, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie*, Perugia 1913, pp. 25 ss.

³⁰ D. 7.1.13.3 (Ulp. 18 *ad Sab.*); D. 10.3.10.1 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 10.3.19.4 (Paul. 6 *ad Sab.*); D. 43.20.4 (Iul. 41 *dig.*); D. 45.3.32 (Paul. 9 *ad Plaut.*).

³¹ D. 10.3.7pr. (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 43.18.1.8 (Ulp. 70 *ad ed.*).

³² D. 10.3.7.6 (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 10.3.7.13 (Ulp. 20 *ad ed.*); CI. 3.37.

³³ D. 7.1.13.3 (Ulp. 18 *ad Sab.*); D. 10.3.5 (Iul. 2 *ad Urseium Ferozem*); D. 10.3.7.2 (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 10.3.7.2-4 (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 10.3.7.6 (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 10.3.7.8 (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 10.3.10.1 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 10.3.19.4 (Paul. 6 *ad Sab.*); D. 39.2.15.19 (Ulp. 53 *ad ed.*); D. 43.18.1.8 (Ulp. 70 *ad ed.*); D. 43.20.4 (Iul. 41 *dig.*); D. 45.3.32 (Paul. 9 *ad Plaut.*).

³⁴ Sullo sviluppo storico circa sia l'autonomia delle *praestationes* che la estensione dell'azione vedi: A. Berger, *Societas re contracta e communio incidens*, in AA. VV., *Studi in onore di Riccobono*, 1934, pp. 392 ss.; P. Frezza, *Consortium ercto non cito*, cit., pp. 27 ss.; S. Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del fr. 14 D. X, 3 Paulus III 'ad Plautum'*, in *Annali dell'Università di Palermo*, vol. III-IV, 1917, pp. 208 ss.; A. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar 1912, pp. 167 ss.

Per ricostruire la formula dell'*actio communi dividundo* è necessario analizzare principalmente la clausola aggiudicatoria gaiana contenuta in *Institutiones* 4.42:

Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare: velut si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum. nam illic ita est: quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato.

O. Lenel³⁵ ricostruisce la formula senza la clausola *ex fide bona* sulla base dei commentari *ad edictum* di Paolo e Ulpiano e *ad edictum provinciale* di Gaio: *Quod L. Titius C. Seius* (eventualmente: *quod L. Titius inter se et C. Seium*) *postulavit de communi (eorum?) dividundo et si quid in communi damni datum factumve sit, sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenerit, iudicem sibi dari postulaverunt quantum adiudicari oportet, iudex...adiudicatio; quid quid ob eam rem alteruna alteri praestare oportet (ex fide bona?) eius iudex alterum alteri c.s.n.p.a.*

Lo stesso O. Gradenwitz³⁶, considerava interpolato D. 10.3.24pr. (Iul. 8 dig.) in riferimento al carattere di *bona fides* dell'*actio communi dividundo* concludendo che la clausola sarebbe stata inserita nelle azioni divisorie³⁷ in età posteriore a Gaio:

Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus commune id erit: sed is, ex cuius re adquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam percipere potest, quia fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit.

e riteneva che solo le *praestationes* in diritto classico fossero *ex fide bona* e non anche la *divisio*³⁸.

Il carattere di buona fede non trova conferma anche nell'elenco gaiano di *bonae fidei iudicia* contenuto in *Institutiones* 4.62 ove le azioni divisorie non sono menzionate:

Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae,

Così anche in Cicerone *De officiis* 3.70:

Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis,

³⁵ O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, 3^a Aufl., Leipzig 1985, pp. 209 ss.

³⁶ O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887, p. 108 n. 1.

³⁷ v. M. Salazar Revuelta, *Análisis de la copropiedad romana a través de las acciones divisorias*, in AA. VV. *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, p. 310 nt. 11.

³⁸ Cfr. A. Audibert, *Nouvelle Étude sur la formule des actions 'familiae erciscundae et communi dividundo'*, in *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* 28 (1904), pp. 407 ss.; Id., *L'évolution de la formule des actions 'familiae erciscundae et communi dividundo'*, Paris 1903, pp. 35 ss.

mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

... Q. Scevola pontefice massimo, diceva che grandissimo era il valore di quegli arbitrati nei quali si aggiunge la formula in base alla buona fede, e riteneva che il nome della buona fede si estendesse ampiamente e si manifestasse nelle tutele, nelle associazioni, nelle cessioni fiduciarie, nei mandati, nelle compere, nelle vendite, negli appalti, negli affitti, sui quali si fonda la società umana; in tali questioni il compito importante del giudice consiste nello stabilire, soprattutto quando si trovano decisioni contrarie, come nella maggior parte dei casi, che cosa ciascuno debba fornire all'altra parte.

Soltanto se si voglia riconoscere, invece, all'elenco giustiniano di *iudicia bonae fidei* un fondamento classico, tale carattere potrebbe essere recuperato:

Inst. 4.6.28. *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. ...*

Certo è che per la loro duttilità gli *iudicia bonae fidei* furono incrementati in età postclassica³⁹ e questo potrebbe in qualche modo spiegare una tarda attribuzione del carattere di buona fede anche alle azioni divisorie.

Tuttavia molte sono le argomentazioni che rendono dubbia l'attribuzione del carattere di buona fede all'*actio communi dividundo*⁴⁰.

In primo luogo è da notare in tal senso che i giuristi classici associano alla clausola di buona fede la previsione dell'*exceptio pacti* che non è, però, compatibile con l'*oportere ex fide bona*:

D. 10.3.14.3 (Paul. 3 *ad Plaut.*) *Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas divideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conventionem tenetur, non est dubium: quare emptor quoque communi dividundo agendo eadem exceptione summovebitur, qua auctor eius summoventur.*

e

D. 17.2.16.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*) *Qui igitur paciscitur ne dividat, nisi aliqua iusta ratio intercedat, nec vendere poterit, ne alia ratione efficiat, ut dividatur. sed sane potest dici venditionem quidem non impediri, sed exceptionem adversus emptorem locum habere, si ante dividat, quam divideret is qui vendidit.*

In secondo luogo significativo sul tema può essere il confronto tra CI. 3.38.3: *Maiores etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur*

³⁹ V. L. Lombardi, *L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 63 (1960), pp. 129 ss.

⁴⁰ T. Tramontano, *L'adiudicatio del communi dividundo iudicium e i titolari di diritti reali limitati. Tesi di dottorato*, Padova 2015, pp. 5 ss.

e

il testo relativo di *Consultatio* 2.6:

An divisio, quam iam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciae praesente parte diversa diligenter examinabit: et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus in perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse constiterit in melius reformabit

in quanto i compilatori riassumono la costituzione diocleziana, ma non menzionano il carattere di buona fede che evidentemente non c'era nella costituzione genuina.

Si potrebbe, pertanto, ritenere in linea con l'orientamento che non attribuisce natura di buona fede all'*actio communi dividundo* che i frammenti in cui l'*actio communi dividundo* è detta di buona fede⁴¹ siano interpolati:

D. 10.3.14.1 (Paul. 3 ad Plaut.) *Impendia autem, quae, dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agatur, aequitate ipsius iudicii retinere possim, considerandum est. quod quidem magis puto, quia bonae fidei iudicium est communi dividundo: sed hoc ita, si mecum agatur. ceterum si alienavero partem meam, non erit unde retinere possim. ...*

Se l'*actio communi dividundo*, inoltre, avesse avuto la natura di buona fede, probabilmente Paolo non avrebbe posto il problema dell'inserimento dell'*exceptio doli* nella formula, ma avrebbe valutato la possibilità del convenuto di attuare, anche nel caso di *actio communi dividundo*, la *retentio* per le spese affrontate solo da parte di colui che credeva essere unico proprietario della cosa. Tali spese non avrebbero potuto trovare riconoscimento in sede di esercizio di azione divisoria, qualora l'attore avesse esercitato la *rei vindicatio*.

E invece è possibile che Paolo pensasse realmente al regime dell'*exceptio doli*. Ciò in quanto l'*etiam* si ricollegerebbe così alla precedente ipotesi *si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem* giacché non è credibile che Paolo decidesse sulla base dell'inerenza dell'*exceptio aequitate ipsius iudicii* poiché l'*etiam* non potrebbe collegare due ipotesi in antitesi quali la *retentio* per mezzo dell'*exceptio doli* e la deduzione in giudizio per via dell'*oportere ex fide bona*. Secondariamente anche perchè Paolo parla sempre di *retentio* e *retinere* e ciò si giustifica quando la contropretesa si fa valere per mezzo dell'*exceptio doli* e non per via dell'*oportere*.

Sempre in tema di interpolazioni altra fonte da valutare in tema di buona fede dell'azione divisoria è il passo ulpiano contenuto in:

D. 10.3.4.2 (Ulp. 19 ad ed.) *Hoc iudicium bonae fidei est: quare si una res indivisa relicta sit, valebit utique et ceterarum divisio et poterit iterum communi dividundo agi de ea quae indivisa mansit.*

⁴¹ B. Biondi, *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., pp. 176 ss.

È possibile⁴² che dal passo sia stato estrapolato il riferimento alla *rescissio iudicii* sostituendolo con l'attribuzione all'azione divisoria del carattere di buona fede, prendendo spunto da D. 10.2.20.4 (Ulp. 19 *ad ed.*) *Familiae erciscundae iudicium amplius quam semel agi non potes nisi causa cognita: quod si quaedam res indivisae relictas sunt, communi dividundo de his agi potest* in cui Ulpiano, per ammettere la rinnovazione del giudizio, ricorreva al rimedio della rescissione del precedente.

Si può, tuttavia, obiettare⁴³ che nel passo la possibilità di esercitare nuovamente l'*actio communi dividundo* non poteva dipendere dal carattere di buona fede dell'azione.

Ciò sarebbe confermato da Gaio 4.131a:

Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: ea res agatur de fundo mancipando, ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi, ... re sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione: quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio.

Se si fosse voluta esercitare l'*actio empti* solo per la *mancipatio* del fondo acquistato, sarebbe stato necessario anteporre alla formula una *praescriptio* con cui limitare la pretesa dell'attore in giudizio per evitare che non si potesse far valere successivamente più alcuna azione per la *traditio vacuae possessionis*.

Secondo Gaio non c'è relazione tra buona fede di un'azione e consumazione processuale⁴⁴ in quanto era la sussistenza o meno dell'*eadem res* con la prima azione a rendere non esercitabile la seconda.

In ultimo va analizzato anche il seguente passo:

D. 41.1.45 (Gai 7 *ad ed. prov.*) *Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus communi id erit, sed is, ex cuius re adquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam praecipere potest: nam fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit. sed si aliunde servus communis adquisierit, omnibus sociis pro parte domini hoc adquiritur.*

Parte della dottrina considera il frammento interpolato dall'espressione *nam* in poi, in quanto superfluo e ripetitivo secondo alcuni⁴⁵ e contraddittorio secondo altri⁴⁶.

⁴² B. Biondi, *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., p. 223.

⁴³ A. Audibert, *Nouvelle Étude sur la formule des actions 'familiae erciscundae et communi dividundo'*, cit., p. 408.

⁴⁴ Secondo B. Biondi, *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., p. 223 tutt'al più il carattere di buona fede poteva rendere superfluo l'inserimento dell'*exceptio rei iudicatae* nella formula in virtù del principio *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*: D. 50.17.57 (Gai. 18 *ad ed. prov.*).

⁴⁵ O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, cit., p. 108 n. 1.

Per comprendere il frammento occorre ricordare che gli acquisti *ex re communi* diventavano comuni e, al momento della divisione, venivano divisi fra i comunisti proporzionalmente alla loro quota⁴⁷. Se, però, l'acquisto derivava da spese sostenute da uno dei condòmini, questi ne aveva il rimborso proporzionalmente alla sua quota in quanto vi era il principio che nell'*actio communi dividundo* veniva in giudizio *quid eo nomine abest alicui sociorum*⁴⁸.

Ciò era confermato quando l'acquisto era fatto dal *servus communis ex re* di uno dei condòmini (l'acquisto diventava comune e in proporzione delle rispettive quote), con la particolarità che il comunista *ex cuius re* l'acquisto era avvenuto, poteva avvalersi dell'*actio communi dividundo* per avere una compensazione per la perdita subita per l'acquisto *ex re sua* e in proporzione della sua quota.

Ciò è confermato da:

D. 45.3.28.1 (Gai 3 *de verb. obl.*) *Si servus communis ex re unius stipulatus erit, magis placuit utrique adquiri, sed eum, cuius ex re facta est stipulatio, cum socio communi dividundo aut societatis iudicium de parte recipienda recte acturum: idemque esse dicendum et si ex operis suis alteri ex dominis servus adquirat.*

e

D. 45.3.27 (Paul. 2 *man.*) *Servus communis sive emat sive stipuletur, quamvis pecunia ex peculio detur, quod alterum ex dominis sequitur, utrique tamen adquirit. diversa causa est fructuarii servi.*

In D. 41.1.45 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) si può notare⁴⁹, invece, che Gaio esprime un concetto opposto individuando nella buona fede il carattere precipuo del rapporto: *fidei bonae convenit ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit*. Ciò comportava, come espresso da *praecipuum*, che il socio otteneva per intero quanto era stato acquistato *ex re sua* dallo schiavo.

Evidente sarebbe la contraddizione: da un lato Gaio affermava che l'acquisto produceva effetti a favore di tutti i condòmini in proporzione della loro quota e dall'altro, poi, avrebbe affermato che l'acquisto operava solo a favore del socio *ex cuius re* è avvenuto. Si è giustamente affermato che l'uno escludeva l'altro perché se il socio acquistava tutto era impossibile attribuirgli la facoltà di ottenere dal condòmino parte di ciò che *ei abest*⁵⁰.

Questa contraddizione si riscontra nello stesso D. 41.1.45 in cui prima si dichiarava che *nihilo minus communi id erit, sed is, ex cuius re adquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam praecipere potest* e poi

⁴⁶ A. Audibert, *Nouvelle Étude sur la formule des actions 'familiae erciscundae et communi dividundo'*, cit., p. 427.

⁴⁷ D. 10.2.19 (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 10.3.3pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*).

⁴⁸ D. 10.3.3pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*), D. 10.3.6.2 (Ulp. 19 *ad ed.*).

⁴⁹ B. Biondi, *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., p. 225; A. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, cit., p. 183.

⁵⁰ B. Biondi, *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., p. 226.

subito dopo *nam fidei bonae convenit ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit*

A questo punto si può proporre una versione di D. 41.1.45 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) libera dalle interpolazioni sulla base di quanto emerso da D. 45.3.28.1 (Gai. 3 *de verb. oblig.*):

Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus communi id erit, sed is, ex cuius re adquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam praecipere potest: nam fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit. Sed si aliunde servus communis adquisierit, omnibus sociis pro parte domini hoc adquiritur".

Tuttavia parte della dottrina⁵¹ ritiene D. 41.1.45 (Gai 7 *ad ed. prov.*) genuino in considerazione del contenuto di D. 10.3.24pr. (Iul. 8 *dig.*) considerando impossibile⁵² che "i compilatori avessero operato una modificazione letteralmente identica in due testi che, ricavati da giuristi diversi, si trovano nella compilazione a grande distanza ed appartengono per giunta a due masse differenti".

Altra parte della dottrina, invece, obietta⁵³ che nella generale incertezza sul metodo di interpolazione utilizzato dai compilatori, non si può escludere una tale revisione identica in passi appartenenti a masse diverse anche in considerazione del fatto che probabilmente esisteva un'unica commissione *ad hoc* alla quale sarebbero da attribuirsi tutte le interpolazioni⁵⁴.

Potrebbe essersi verificato che Gaio spesso riportava fedelmente passi di Giuliano e poiché nel nostro caso copiava *ad literam* doveva evidentemente citare la fonte cui attingeva.

Può essere accaduto che i compilatori quando riscontravano citazioni confrontavano il testo con quello originale citato per eliminarne uno dei due al fine di evitare le non volute ripetizioni.

A volte, però, i due passi erano mantenuti qualora ci fosse necessità di richiamare lo stesso principio a proposito di materie diverse, tanto più se si trattava di principio nuovamente introdotto nella codificazione; ma in tal caso i compilatori collazionando i testi, cancellavano spesso il nome del giurista citato⁵⁵, ma soprattutto dovevano evidentemente trasportare nell'originale tutte quelle modificazioni operate nella citazione⁵⁶.

⁵¹ O. Lenel, *Da Edictum perpetuum*, cit., p. 203 n. 1.

⁵² A. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, cit., p. 181 ss.

⁵³ B. Biondi, *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., p. 220.

⁵⁴ V. S. Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito del fr. 14 D. X, 3 Paulus III 'ad Plautum'*, cit., p. 208.

⁵⁵ V. P. De Francisci, *Intorno alle origini della manumissio in ecclesia*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, 44 (1911), p. 192 s.

⁵⁶ B. Biondi, *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., p. 228. Esempi di interpolazioni identiche in testi uguali: D. 8.2.10 (Marc. 4 *dig.*) e D. 7.1.30 (Paul. 3 *ad Sab.*), D. 39.6.13.1 (Iul. 17 *dig.*) e D. 39.6.35.4 (Paul. 6 *ad leg. Iul.*).

In definitiva le riflessioni proposte possono far ritenere che la clausola *ex fide bona* non caratterizzasse la formula dell'*actio communi dividundo*.

6. ... *societas*

Altro aspetto discusso dalla dottrina sul quale occorre soffermarsi è il rapporto tra *communio* e *societas* e la conseguente esperibilità dell'*actio pro socio* visto che tra *communio* e *societas* si è spesso percepito una unità sostanziale che si rifletterebbe nell'applicazione delle stesse *actiones*⁵⁷.

In molte fonti l'uso delle parole *societas* e *communio* è, infatti, evidentemente promiscuo⁵⁸.

Parte della dottrina ritiene che in età classica, antecedentemente alla creazione della *communio incidens*⁵⁹ potrebbero configurarsi due *species* di *societas*: la *societas consensu contracta*⁶⁰ intesa quale società obbligatoria e la *societas re contracta* intesa quale società nascente inevitabilmente dalla *communio* tra più soggetti⁶¹. Ciò sarebbe avvalorato, tra l'altro, dall'applicazione del termine *socius* al concetto di comunista.

Contrariamente a tale orientamento che considera la *communio* una sottospecie della *societas*, si ritiene che debba rilevare, invece, non solo la circostanza che la *communio* poteva derivare anche da cause diverse dall'accordo tra i comunisti, ma anche il fatto che i comunisti potevano anche non accordarsi tra loro relativamente alla gestione della *communio*⁶².

Dell'esperibilità dell'*actio pro socio* nella *communio* vi è traccia nei casi in:

D. 10.3.19.2 (Paul. 6 Sab.) *Si per eundem locum via nobis debeatur et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius communi dividundo vel pro socio agi*

⁵⁷ V. T. Drosdowski, *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*, Berlino 1998, 1 ss.; C. Ferrini, *Le origini del contratto di società in Roma*, in *Archivio Giuridico*, 38 (1887), p. 5.

⁵⁸ CI. 3.37.3, D. 10.2.3.39 (Scaev. 1 resp.), D. 17.2.1 (Paul. 32 ad ed.), D. 17.2.52 (Ulp. 31 ad ed.); D. 17.2.53 (Ulp. 30 ad Sab.), D. 17.2.63 (Ulp. 31 ad ed.), D. 17.2.67 (Paul. 32 ad ed.). Cfr. P. Bonfante, *Rapporto tra la comunione e la società*, in *Scritti giuridici varii*, vol. III, Torino 1926, pp. 511 ss.

⁵⁹ Per questo motivo Giustiniano annovera la *communio incidens* tra le fonti di obbligazioni da atto lecito non contrattuale: G. Donatuti, *La communio incidens come causa obbligatoria*, in AA.VV., *Studi in memoria di E. Albertario*, vol. I, Milano 1953, pp. 117 ss.

⁶⁰ v. M. Evangelisti, *Sull'origine policentrica della societas consensu contracta*, in L. Foffani - M.C. Fregni - R. Lambertini (a cura di), *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano 2011, pp. 193 ss.

⁶¹ Sulla *fraternitas* quale componente essenziale della *societas* attraverso il *consortium* cfr. P. Onida, *Fraternitas e societas: i termini di un connubio*, in *Diritto@Storia. Rivista telematica* (dirittoestoria.it), 6 (2007).

⁶² Cfr. V. Arangio-Ruiz, *Societas re contracta e communio incidens*, in AA.VV., *Onoranze Riccobono*, 4 (1936), pp. 1 ss.; Id., *La società in diritto romano*, Napoli 1982, 5 ss.; A. Guarino, *Societas consensu contracta*, in *Società Nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli. Accademia di Scienze Morali e Politiche*, Quaderno 10, Napoli 1972, pp. 120 ss.

posse: quae enim communio iuris separatim intellegi potest? sed negotiorum gestorum agendum.

Se ci sia dovuta una servitù di via attraverso uno stesso luogo e si siano fatte delle spese per essa, con troppo rigore Pomponio afferma che si può agire con l'azione di divisione della comunione o con l'azione a favore del socio: infatti, in che modo si potrebbe intendere la comunione di un diritto <esercitabile da ciascuno> separatamente? Si deve, piuttosto, agire con l'azione di gestione di affari altrui⁶³.

e in:

D. 10.3.25 (Iul. 12 dig.) *Si Stichus communis meus et tuus servus habuerit Pamphilum vicarium aureorum decem et mecum actum de peculio fuerit condemnatusque decem praestitero: quamvis postea Pamphilus decesserit, nihilo minus, actione communi dividundo vel pro socio quinque milia praestare debebis, quia te hoc aere alieno liberavi. longe magis consequar, si Stichus post mortem Pamphili alium vicarium adquisierat.*

Se Stico, servo comune a me e a te, avrà avuto come servo vicario Panfilo, del valore di dieci aurei, e si sarà agito contro di me con l'azione nei limiti del peculio ed io, dopo essere stato condannato, avrò pagato dieci, anche se poi Panfilo morirà, nondimeno dovrai pagarmi cinque in forza dell'azione di divisione della comunione o di quella in favore del socio, poiché io ti ho liberato da quel debito. Tanto più otterrò <il rimborso> se Stico aveva acquistato un altro vicario dopo la morte di Panfilo⁶⁴.

Sul diverso ambito delle due azioni ci riferisce:

D. 10.3.1 (Paul. 23 ed.) *Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem. denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit.*

in cui si afferma che l'*actio pro socio* riguarda le prestazioni personali piuttosto che la *communio*⁶⁵.

Nelle fonti⁶⁶ ci sarebbe la testimonianza di una *societas re coita*⁶⁷ accanto alla *societas consensu coita*⁶⁸.

⁶³ M. Vinci, *Tr. it.*, in S. Schipani, (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu pandectae. Testo e traduzione*, vol. II, 5-11, Milano 2005, p. 329 s.

⁶⁴ M. Vinci, *Tr. it.*, in S. Schipani (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu pandectae. Testo e traduzione*, vol. II, 5-11, Milano 2005, p. 331 s.

⁶⁵ Sulla relazione tra le *actiones* citate si veda: S. Sciortino, *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustiniano*, Torino 2018, pp. 132 ss.; V. Arangio-Ruiz, *Le società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma 1949-1950*, Napoli 1965, pp. 196 ss.; P. Cerami, *Impresa e società nei primi due secoli dell'impero*, in F. Milazzo (a cura di), *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero. Atti del Convegno Internazionale di Diritto Romano. Copanello 5-8 giugno 2004* (a cura di F. Milazzo), Milano 2005, pp. 97 ss.

⁶⁶ Gai 3.154, D. 44.7.57 (Pomp. 36 ad Q. Mucium).

⁶⁷ D. 17.2.4pr. (Mod. 3 reg.).

⁶⁸ D. 17.2.31 (Ulp. 30 ad Sab.), D. 17.2.32 (Ulp. 32 ad ed.).

Ma in Basilici 12.1.6.50 appare confermata la convinzione che la società non sorge che dal consenso: quindi perché fra coeredi sorga questo vincolo non basta il rapporto del condominio ma deve intervenire l'elemento volitivo dei coeredi.

Pertanto secondo il diritto classico il *consortium ercto non cito* era un tipo di società contrattuale e si differenziava dalla società consensuale appunto perché in essa l'obbligazione non scaturiva dal consenso.

Se si afferma che fin dagli inizi della giurisprudenza romana troviamo vicini i due tipi di società reale e consensuale, tale circostanza se conferma che gli istituti erano per il diritto classico dei contratti, non autorizza però a ritenere che dal *consortium* e dalla *societas re coita* sia nata la *societas consensu coita*.

A tale ipotesi contrasta non solo il fatto che la società reale derivava dallo *ius civile* e quella consensuale dallo *ius gentium*, ma anche che la struttura dei due istituti era profondamente diversa.

Consortium e *societas re coita*, infatti, sono istituti caratterizzati dalla esistenza tra più persone (eredi, donatari, compratori, legatari) di una cosa comune.

Tutte le possibili pretese fra i soci devono fondarsi su un guadagno o su una perdita relativi alla cosa comune e solo entro i limiti di tempo in cui rimane la cosa tale: è la cosa comune che ne determina il sorgere e l'estinguersi.

La *societas consensu coita*, invece, non implica affatto l'esistenza fra i soci di una cosa comune. Il consenso, elemento psicologico, ne determina il sorgere e l'estinguersi. Ed essa non è rivolta allo sfruttamento di una cosa comune ma alla esplicazione collettiva o individuale, nell'interesse dei soci, di una attività commerciale.

La struttura dei due tipi di società del diritto romano classico appare così profondamente diversa.

Abstract: The study analyzes the origins of *communio* as a complex juridical phenomenon in Roman juridical experience. In particular, the interest is concentrated on the introduction and the formula of the *actio communi dividundo* between *bona fides* and *societas*.

Keywords: communion, quote, society, *bona fides*, *actio communi dividundo*

Roberto Fasano
Dottore in Giurisprudenza

***La sospensione del procedimento con messa alla prova
nell'esperienza milanese****

The suspension of the trial procedure in the milanese experience

SOMMARIO - 1. Introduzione - 2. La disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti: brevi cenni - 3. La messa alla prova nella prassi milanese - 4. La richiesta di sospensione del procedimento - 4.1. Casi particolari - 5. I dati statistici: fonti di ricerca e metodologia - 6. I dati dell'Ufficio di esecuzione penale esterna di Milano - 7. I dati del Tribunale di Milano - 7.1. I dati relativi al 2018: una crescita costante - 8. Considerazioni - 9. Le proposte degli operatori

1. Introduzione.

L'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova¹ ha costituito un'importante innovazione dell'ordinamento penale italiano non

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Per approfondire l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova v.: L. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cassazione penale*, 2015, pp. 1755 ss.; R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Id., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Diritto penale e processo*, 2014, pp. 661 ss.; Id., *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto*, in F. Palazzo-G. Spangher (a cura di), *Giurisprudenza Italiana, Gli Speciali, Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, 2015, pp. 5 ss.; P. Bernazzani, *La sospensione del procedimento con messa alla prova, Corte Suprema di Cassazione - Ufficio del Massimario e del Ruolo - Servizio Penale* (a cura di), 2015; V. Bove, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Id., *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; C. Cesari, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *La legislazione penale*, 2014, fasc. IV, pp. 510 ss.; C. Conti, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 68 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova 2014, pp. 12 ss.; A. Di Tullio D'Elisiis, *L'applicazione della messa alla prova per gli adulti e i minori*, 2° ed., Santarcangelo di Romagna (RN) 2016; G.L. Fanuli, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2014, pp. 427 ss.; F. Gaito, *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Archivio penale*, 2016, fasc. I (web); M. L. Galati-L. Randazzo, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano 2015; A. Logli, *La VP VITA E PENSIERO*

solo sul piano sistematico-dottrinale² - costituendo “un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio”³ - ma anche in quanto ha modificato l’operato ordinario dei suoi principali attori.

L’introduzione dell’istituto ha reso necessaria la relazione tra soggetti che in precedenza non avevano occasioni di collaborazione, come la figura del GIP e l’Ufficio esecuzione penale esterna (UEPE)⁴. Inoltre, ha comportato un ripensamento dei ruoli: all’imputato è stata riconosciuta una funzione attiva e propositiva non solo nell’attivazione della procedura - elemento già presente

sospensione del processo per messa alla prova tra equivoci dogmatici e limiti operativi, in M. Daniele-P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino 2015, pp. 133 ss.; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Diritto penale e processo*, 2014, pp. 674 ss.; A. Nappi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in *La legislazione penale*, 2015; R. Piccirillo, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, Relazione n. III/07/2014 dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione; L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2015, fasc. I, pp. 97 ss.; A. Sanna, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cassazione penale*, 2015, pp. 1262 ss.; E. Sylos Labini, *Nuove prospettive nelle alternative al processo penale. La messa alla prova e la particolare tenuità del fatto*, Roma 2017; G. Tabasco, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Archivio penale*, 2015; N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino 2014; P. Troncone, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Roma 2017; M. Vania, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli 2017.

² V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in *Archivio penale*, 29 novembre 2018, pp. 5, 16, 21: particolarmente suggestiva è la tesi dell’Autrice che fonda l’eterogeneità dell’istituto come conseguenza della sua finalità individuata nell’esclusiva “centralità (di) una forma di giustizia penale riparativa, che valorizza i profili comportamentali post factum dell’imputato ai fini di una corposa rinuncia all’accertamento e alla risposta sanzionatoria”.

³ Corte Costituzionale n. 91 del 21 febbraio 2018: tale sentenza è fondamentale per lo sviluppo dell’istituto, in quanto lo “radica” in profondità nel terreno costituzionale del nostro ordinamento e ne approfondisce le modalità applicative, facilitandone in tal modo la diffusione. v. G. Leo, *La Corte Costituzionale ricostruisce ed ‘accredita’*, in *punto di compatibilità costituzionale, l’istituto della messa alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018; C. Minnella, *La messa alla prova supera il vaglio di costituzionalità*, in *Diritto e Giustizia*, 2018, fasc. LXXVIII, pp. 13 ss.; R. Muzzica, *La Consulta ‘salva’ la messa alla prova: l’onere di una interpretazione ‘convenzionalmente’ orientata per il giudice nazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018; C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *Diritto penale e processo*, 2018, fasc. V, pp. 666 ss.; C. Bottino, *Principi costituzionali e probation processuale: un contrasto inesistente*, in *Archivio penale*, 2018; C. Migliaccio, *La postmodernità del diritto: il vaglio di legittimità costituzionale della messa alla prova in un processo senza “pena” con finalità specialpreventive*, in *Processo penale e Giustizia*, 2018, fasc. VI, pp. 1070 ss.

⁴ V. Bove, *Messa alla prova, a poco più di anno: quali, ancora, le criticità?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.

nell'applicazione della pena su richiesta delle parti⁵ - ma anche nella definizione dei contenuti e sul piano dell'esecuzione della misura⁶: il suo consenso deve "sostenere" la prova per tutta la durata, costituendo strumento e manifestazione di un percorso di responsabilizzazione⁷.

Il giudice, poi, è chiamato in una fase embrionale del procedimento a esprimere valutazioni rispetto al fatto di reato (potendo giungere fino alla riqualificazione giuridica⁸), rispetto alla condotta futura dell'imputato e all'esito del percorso di responsabilizzazione⁹; infine, l'UEPE, oltre a definire i contenuti della prova, acquista centralità¹⁰ nella fase di esecuzione, prendendosi carico dell'imputato e svolgendo una prima (fondamentale) funzione di valutazione dell'impegno professato e dei risultati raggiunti¹¹.

La necessità di gestire e rendere efficiente questa innovativa rete di relazioni e funzioni all'interno del sistema penale ha portato all'elaborazione e adozione di linee guida, funzionali a offrire indicazioni operative per la corretta applicazione dell'istituto¹².

Il Tribunale di Milano ha costituito l'avanguardia di tale sperimentazione, imponendosi come modello a cui guardare su tutto il territorio nazionale¹³: già

⁵ Corte Cost. n. 91/18. Sul punto cfr. A. Macchia-P. Gaeta, *Messa alla prova ed estinzione del reato: criticità di sistema e adattamenti funzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, fasc. X, pp. 141 ss., in cui gli Autori contestano alla Corte "una qualche contraddittorietà" nell'affermare la mancanza di aspetti di assimilazione tra messa alla prova e patteggiamento, oltre la comune base consensuale. Nella pronuncia in esame, però, la Corte Costituzionale non si contraddice, in quanto non afferma la somiglianza tra i due istituti bensì l'esclusiva analogia sulla base del "punto di contatto" della necessaria iniziativa dell'imputato per introdurre l'istituto: v. V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, cit., pp. 18 ss.

⁶ Corte Cost. n. 91/2018: "viene riservata alla volontà dell'imputato non soltanto la decisione sulla messa alla prova, ma anche la sua esecuzione".

⁷ C. Conti, *La messa alla prova tra le due corti*, cit., p. 679; V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, ivi, p. 20: le Autrici sostengono, inoltre, che l'immanenza del consenso alla prova è funzionale ad escludere la natura sanzionatoria della messa alla prova.

⁸ Cassazione penale, Sez. quarta, n. 36752 del 8 maggio 2018, *DeJure*.

⁹ G. Zaccaro, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, in *Questione Giustizia*, 2014; C. Conti, *La messa alla prova tra le due corti*, cit., p. 680.

¹⁰ F. Nevoli, *La sospensione del procedimento e la decisione "sulla prova"*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria*, Torino 2014, p. 157.

¹¹ V. Bove, *L'istituto della messa alla prova "per gli adulti": indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 12.

¹² dal testo delle Linee guida del Tribunale di Milano (disponibili sul sito del Tribunale di Milano: <https://www.tribunale.milano.it/>), p. 17: "La collaborazione tra avvocati, magistrati e personale addetto all'esecuzione costituisce, a parere degli estensori del documento, l'unica possibilità per consentire al nuovo istituto di ottenere i risultati che il legislatore si è proposto con l'ampliamento dell'applicazione della messa alla prova agli imputati maggiorenni".

¹³ M. Grotto, *Messa alla prova: il protocollo del Tribunale di Venezia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.; F. Filice, *Messa alla prova: un vademecum da Vercelli*, in *Questione*

nel luglio 2014, un gruppo di lavoro promosso dal Presidente del Tribunale di Milano e formato da alcuni giudici della Sezione penale, da esponenti della Camera penale “Gian Domenico Pisapia” e dal direttore dell’UEPE milanese ha elaborato le indicazioni operative della normativa *ex* Capo secondo della l. 67/2014¹⁴, allegando, inoltre, prototipi relativi alla modulistica necessaria per la formulazione dell’istanza¹⁵.

Svolte queste premesse, il saggio si snoderà secondo un preciso itinerario: a una breve disamina delle principali peculiarità della disciplina, seguirà un’analisi delle predette linee guida, sulla base di elementi raccolti attraverso diversi colloqui sostenuti con i membri del Gruppo di lavoro: Quindi, si procederà all’esame dei dati statistici relativi all’applicazione dell’istituto nel Tribunale di Milano dalla data di introduzione (17 maggio 2014) al marzo 2018, per poi formulare talune valutazioni circa l’impatto fatto registrare nella prassi.

2. La disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti: brevi cenni.

La messa alla prova - disciplinata dagli artt. 168 *bis*-168 *quater* c.p. e dagli artt. 464 *bis*-464 *novies* c.p.p. - può essere richiesta nei procedimenti per reati puniti con pena detentiva, sola o congiunta a pena pecuniaria, non superiore nel massimo edittale a quattro anni e per i reati elencati nel co. secondo dell’art. 550 c.p.p.

L’istanza di sospensione, che può essere proposta dalla fase delle indagini preliminari¹⁶ fino all’apertura del dibattimento di primo grado, deve essere presentata personalmente dall’imputato o tramite procuratore speciale. Non si può beneficiare più di una volta della misura e la stessa è preclusa ai c.d. “delinquenti qualificati”.

Il contenuto della prova, elaborato nell’ambito della collaborazione tra imputato e UEPE, prevede: condotte riparative, finalizzate ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato; condotte risarcitorie, previste ove

giustizia, 2014; Redazione, *Messa alla prova: il protocollo d’intesa del Tribunale di Roma*; in *Osservatorio penale*, 2016.

¹⁴ Obiettivo dichiarato nelle linee guida: “non condizionano in alcun modo il potere di interpretazione delle norme da parte dei giudici, né tantomeno quello di valutazione dei presupposti per l’applicazione dell’istituto, ma sono dirette a rendere più snello il procedimento di ammissione e a garantire l’effettività dell’esecuzione delle messe alla prova che ciascun magistrato riterrà meritevoli di accoglimento”.

¹⁵ I prototipi sono disponibili sul sito del Tribunale di Milano: <https://www.tribunale.milano.it/>

¹⁶ Se la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova viene presentata nella fase delle indagini preliminari, per l’approvazione dell’istanza è richiesto il consenso espresso del PM al fine di evitare il conflitto con il principio di obbligatorietà dell’azione penale: v. G. Uberris, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Archivio penale*, 2015, fasc. II, pp. 729 ss.

possibile; lavoro di pubblica utilità, il quale, definito tenendo conto delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, costituisce l'unico contenuto obbligatorio della prova¹⁷; condotte volte a promuovere, sempre ove possibile, la mediazione con la persona offesa¹⁸.

Il giudice - previa esclusione della possibilità di pronunciare sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p. - ordina la sospensione del procedimento se, in base ai parametri dettati dall'art. 133 c.p.: reputa idoneo il programma di trattamento presentato; ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati e valuta che il domicilio indicato nel programma

¹⁷ L'obbligatorietà esclusiva di tale specifico contenuto si evince sia dall'art. 168 bis c.p., in cui si afferma la subordinazione della concessione della misura alla prestazione del lavoro di pubblica utilità, che dall'art. 168 *quater* c.p., il quale dispone che il rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità costituisce causa autonoma di revoca della misura.

¹⁸ Lo sviluppo di percorsi di mediazione all'interno della cornice della messa alla prova si scontra, però, con l'assenza di una completa struttura normativa idonea ad assicurare un efficiente sistema di garanzie e a definire gli effetti sull'esito della messa alla prova. Di conseguenza, affinché la mediazione abbia reale ed efficace cittadinanza nel nostro sistema penale - e non solo nel corso della messa alla prova - sarebbe necessario un deciso intervento del legislatore che introduca una disciplina completa relativa a tale istituto, ispirandola ai principi generali già espressi a livello sovranazionale. v. C. Mazzucato, *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in G. Mannozi G.-G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna 2015; Id., *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in AA.VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica S.C. (sede di Piacenza), fasc. II, Tricase 2010; Id., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. Picotti-G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale 'conciliativa'. Il volto delineato dalla Legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano 2002; Id., *Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione in ambito penale*, in *Ars Interpretandi*, 2005, fasc. IX; Id., *Tra il dire e il fare. Sfide attuali e 'crisi di crescita' della giustizia riparativa in Italia. Brevi riflessioni sulla giustizia senza ritorsione in un sistema penale ancora retribuzionistico*, in F.T. Tagle (a cura di), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal. Ensayos en honor a Massimo Pavarini*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2015; Id., *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. Bertagna-A. Ceretti-C. Mazzucato (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano 2015; R. Muzzica, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, fasc. III, pp. 158 ss.; M. Cagossi, *Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in L. Luparia (a cura di) *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano 2015; L. Eusebi, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano 2016; E. Mezzetti, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa legislative*, in *Cassazione Penale*, 2016, fasc. IX, pp. 3094 ss.; M.R. Parruti, *Nuove tipologie sanzionatorie e strumenti di giustizia riparativa*, in L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano 2016; P. Palazzo, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. Mannozi-G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna 2015.

dell'imputato sia tale da assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato. La sospensione del procedimento determina, inoltre, la sospensione del corso della prescrizione, limitata, nel caso di processo soggettivamente cumulato, al soggetto beneficiario¹⁹.

Durante l'esecuzione della prova l'imputato viene affiancato dagli operatori dell'UEPE, i quali informano il giudice con relazioni periodiche ed una relazione conclusiva.

Al termine del periodo di sospensione, se il giudice - riscontrando il rispetto delle prescrizioni prestabilite e valutando il comportamento dell'imputato - ritiene che la prova abbia avuto esito positivo, dichiara l'estinzione del reato; se, invece, ritiene che l'imputato non si sia responsabilizzato rispetto alla sua condotta e che - di conseguenza - la prova abbia avuto esito negativo, dispone con ordinanza la ripresa del procedimento dal momento in cui era stato sospeso²⁰.

3. La messa alla prova nella prassi milanese.

¹⁹ La seconda parte del co. primo dell'art. 168 *ter* dispone la non applicazione delle disposizioni del primo co. dell'art. 161 c.p., il quale - nel momento dell'introduzione dell'art. 168 *ter* nel Codice penale - affermava che la sospensione e l'interruzione della prescrizione avessero effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato. Dal combinato disposto degli artt. 168 *ter* e 161 c.p., derivava, quindi, che la sospensione del corso della prescrizione fosse limitata al solo imputato beneficiario dell'istanza di messa alla prova accolta. Recentemente, però, il co. primo dell'art. 161 c.p. è stato modificato dalla c.d. riforma Orlando: il legislatore ha diviso gli effetti relativi all'interruzione rispetto a quelli relativi alla sospensione, disponendo che l'interruzione continui ad avere effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato mentre la sospensione abbia effetto limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo. I rapporti tra le due disposizioni risultano, quindi, incisivamente modificati: in seguito alla modifica dell'art. 161 c.p., infatti, l'applicazione della sospensione della prescrizione limitata all'imputato nei cui confronti si sta procedendo - che prima costituiva norma speciale ex art. 168 *ter* c.p.- costituisce la nuova disciplina generale. Di conseguenza, emerge un problema interpretativo, in quanto, disponendo la non applicazione del primo co. dell'art. 161 c.p., l'art. 168 *ter* adesso dispone in senso contrario rispetto all'originaria *voluntas legis*. Tale problema interpretativo potrebbe, apparentemente, essere risolto tramite l'applicazione dei principi generali successivi ad un'interpretazione logica delle disposizioni. Infatti, il rapporto di specialità esistente pre-riforma Orlando tra la norma speciale dell'art. 168 *ter* c.p. e la norma generale dell'art. 161 c.p. risulta superato dall'effetto della riforma, in quanto la disciplina speciale è diventata disciplina generale: la *lex posterior* dell'art. 161 c.p. abroga la *lex priori* dell'art. 168 *ter* c.p. Tale soluzione, però, presuppone il superamento della interpretazione letterale dell'art. 168 *ter* c.p., sulla base di una supposta svista da parte del legislatore e la sua perdurante scelta a favore della sospensione limitata ai beneficiari dell'istanza accolta di messa alla prova. Per evitare tale ragionevole ma audace scelta dell'interprete, si richiede, quindi, un intervento del legislatore sull'art. 168 *ter* c.p., al fine di espungere il divieto di applicazione dell'art. 161 c.p. e ridisporre indubbiamente l'originario effetto normativo della sospensione limitata al soggetto beneficiario.

²⁰ Alla ripresa del procedimento, non sarà possibile all'imputato richiedere l'accesso ad un rito premiale: v. A.M. Siagura, *Effetti della revoca della sospensione del processo con messa alla prova*, in *Archivio penale*, 2019, fasc. I (web).

L'esame della prassi milanese segnala *in primis* talune soluzioni adottate per sciogliere i principali nodi emersi nel dibattito dottrinale e nello sviluppo della giurisprudenza di legittimità e costituzionale.

In particolare, il Tribunale di Milano ha fatto proprie le medesime soluzioni proposte da un'ormai nota pronuncia del Tribunale di Torino²¹ rispetto a due *vexatae quaestiones*: la possibilità di considerare ammissibile l'istanza di messa alla prova presentata in un procedimento che alla data di entrata in vigore della l. 67/14 fosse già in una fase avanzata²² - quindi oltre i termini decadenziali ex art. 464 *bis* c.p.p. - e l'ammissibilità, in un processo oggettivamente cumulativo, di un'istanza di messa alla prova richiesta solo per alcuni dei reati contenuti nell'imputazione²³ (c.d. messa alla prova parziale). Il Tribunale milanese ha considerato l'istanza di sospensione ammissibile in entrambi i casi.

In merito alla prima ipotesi - prendendo posizione in controtendenza rispetto alla Corte Costituzionale²⁴ ma in linea con parte della dottrina²⁵ - il giudice, rispondendo all'istanza di messa alla prova presentata nella prima udienza utile dopo l'entrata in vigore della l. 67/2014, ha disposto la rimessione in termini ex art. 175 c.p.p., individuando nella precedente assenza della normativa relativa alla messa alla prova una causa di forza maggiore (c.d. *factum principis*).

²¹ Tribunale di Torino, ordinanza del 21 maggio 2014, Giudice De Marchi, *Diritto penale contemporaneo* con commento di M. Miedico, *Sospensione del processo e messa alla prova per imputati maggiorenni: un primo provvedimento del Tribunale di Torino*, 2014.

²² Per approfondire, v. F. Martella, *Messa alla prova "per adulti": la questione della (assenza di) disciplina intertemporale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; F. Piccichè, *Alle sezioni unite la questione dell'applicabilità del nuovo istituto della messa alla prova ai processi in corso*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; N. Pascucci, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e assenza di una disciplina transitoria: alle omissioni del legislatore si aggiunge la scure dei giudici di legittimità*, in *Cassazione penale*, 2015, fasc. III, pp. 1143 ss.; J. Della Torre, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, in *Cassazione penale*, 2016, fasc. IV, pp. 1488 ss.; F. Centorame, *Applicazione retroattiva delle norme sulla messa alla prova: "pollice verso" della Consulta*, in *Cassazione Penale*, 2016, pp. 3236 ss.; O. Mazza, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015, fasc. IX, pp. 3236 ss.

²³ Per approfondire, v. V. Bove, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L. 67/14*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 18; G.L. Fanuli, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2014, p. 4; J. Della Torre, *La Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova "parziale" in nome della rieducazione "totale" del richiedente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; O. Murro, *Le criticità della richiesta "parziale" di messa alla prova: oscillazioni giurisprudenziali*, in *Archivio penale*, 2015, fasc. II (web).

²⁴ Corte Costituzionale n. 240 del 26 novembre 2015.

²⁵ R. Muzzica, *Sospensione del processo con messa alla prova e "materia penale": tra Corte EDU e Corte Costituzionale nuovi scenari pro-reo sul versante intertemporale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, fasc. IV, p. 1432.

In merito, poi, alla messa alla prova parziale, ha ritenuto ammissibile tale istanza, ponendosi anche in tal caso in controtendenza rispetto alla giurisprudenza di legittimità²⁶ ma godendo di ampio favore da parte della dottrina²⁷.

Infine, il Tribunale milanese non ha aderito all'ipotesi avanzata da parte della dottrina²⁸, secondo la quale l'aver beneficiato della messa alla prova minorile ex art. 28 D.P.R. 488/88 fosse elemento ostativo rispetto all'ammissibilità della richiesta di sospensione, stante il divieto di concessione della misura per più di una volta ex co. quarto dell'art. 168 bis c.p.: di conseguenza, un imputato adulto che da minorenni ha beneficiato della messa alla prova ex art. 28 D.P.R. 488/88 può legittimamente richiedere la sospensione del procedimento ex art. 464 bis c.p.p.

4. La richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.

L'iter definito dalle linee guida per la presentazione dell'istanza di sospensione prevede, alternate, due fasi davanti all'UEPE e altre due innanzi al giudice procedente.

La prima fase consiste nella presentazione della domanda di trattamento in originale presso l'UEPE individuato sulla base del domicilio dell'imputato. La domanda deve essere corredata dalla dichiarazione di disponibilità dell'ente presso cui svolgere il lavoro di pubblica utilità - potendosi trattare anche di un ente non convenzionato - e dalla documentazione indicata nello schema generale di programma. L'Ufficio rilascia un'attestazione che certifica l'avvenuta presentazione della richiesta (punti 1-2 delle Linee Guida).

Attraverso il deposito in udienza dell'attestazione viene formulata una formale richiesta di sospensione (punto 3 L.G.). Il giudice - potendo anche riqualificare il fatto di reato al fine di renderlo idoneo rispetto ai limiti oggettivi ex art. 168 bis c.p.²⁹ - se ritiene di fornire risposta positiva in tale deliberazione preventiva, fissa una nuova udienza tre-quattro mesi dopo, disponendo contestualmente la sospensione del corso della prescrizione ex art. 159 co. primo cpv 3) c.p. (punto 4 L.G.).

²⁶ Cassazione penale, Sezione seconda, n. 14112 del 12 marzo 2015, *DeJure*; Cassazione penale, Sezione quinta, n. 7980 del 26 ottobre 2015, *DeJure*; Cassazione penale, Sez. quarta, n. 14 del 30 novembre 2017, *DeJure*.

²⁷ J. Della Torre, *La Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova "parziale" in nome della rieducazione "totale" del richiedente*, cit., pag. 3; O. Murro, *Le criticità della richiesta "parziale" di messa alla prova: oscillazioni giurisprudenziali*, cit., p. 7; R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 22015; C. Conti, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Giurisprudenza Italiana, Gli speciali, Sistema sanzionatorio*, 2015, p. 23.

²⁸ V. Bove, *Messa alla prova, a poco più di anno: quali, ancora, le criticità?*, cit., p. 9.

²⁹ Anche su questo punto il Tribunale milanese ha rappresentato un'avanguardia della giurisprudenza di legittimità: v. nota 8.

Dopo la comunicazione della deliberazione a cura del difensore (punto 5 L.G.), l'UEPE redige il piano di trattamento (punto 6 L.G.). Il prototipo di programma di trattamento è stato definito sulla falsariga del programma relativo all'istituto *ex art. 47 l. 354/75*, calibrandone, però, i contenuti al fine di non prevedere il medesimo trattamento per il condannato affidato in prova e l'imputato messo alla prova: ad esempio, è stata esclusa la possibilità di prevedere prescrizioni orarie o limitazioni alla circolazione nel territorio. Tale diversa impostazione dei programmi ha comportato la necessità di un cambiamento metodologico da parte degli operatori dell'UEPE: a tal fine, sono stati predisposti corsi di formazione per il personale interni all'UEPE lombardo e, successivamente, a livello centralizzato da parte del Ministero della Giustizia.

Nonostante l'introduzione dei Nuclei di Polizia penitenziaria presso gli Uffici di esecuzione penale esterna³⁰, non è stato, invece, valutato opportuno avvalersi della collaborazione della polizia giudiziaria. In particolare, si è ritenuto che la relazione con le forze dell'ordine potesse determinare confusione tra le differenti figure del condannato e dell'imputato e, di conseguenza, condurre a sconvenienti effetti di stigma sociale.

Il programma viene poi definito dall'UEPE sulla base della documentazione che l'interessato ha allegato alla richiesta: nel caso in cui invece ritenga necessario integrare la documentazione, l'UEPE può richiedere al giudice l'utilizzo dei poteri di indagine previsti dall'*art. 464 bis co. quinto c.p.p.*

Redatto il programma di trattamento, l'UEPE lo trasmette al giudice, il quale può integrarlo con il consenso dell'imputato *ex art. 464 quater co. quarto c.p.p.* (punto 7 L.G.) oppure, se ritiene insufficiente la documentazione presentata, richiedere all'UEPE che venga condotta l'indagine socio-familiare ai sensi dell'*art. 141 ter co. terzo disp.att. c.p.p.* (punto 9 L.G.). Inoltre, previa indicazione da parte dell'UEPE dell'ente da incaricare, il giudice deve valutare l'opportunità di percorsi di mediazione³¹ (punto 8 L.G.).

Se valuta positivamente il programma, il giudice dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova, definendo sia il periodo di sospensione del procedimento sia la durata della messa alla prova, la quale può essere anche inferiore al periodo di sospensione (punto 10 L.G.). Al fine di facilitare e uniformare la definizione del periodo di sospensione, sono state articolate sei

³⁰ Decreto del Ministero della Giustizia del 1° dicembre 2017 *“Misure per l'organizzazione del personale del Corpo di Polizia Penitenziaria negli Uffici di esecuzione penale esterna, nonché per l'individuazione dei compiti e per la selezione del medesimo personale.”*, pubblicato il 15 febbraio 2018 nel Bollettino ufficiale del Ministero della Giustizia n. 1/18.

³¹ La scelta risulta ampiamente discutibile, in quanto pone nelle mani del giudice la decisione rispetto a un istituto caratterizzato dalla libera e volontaria partecipazione dell'imputato e della persona offesa alla risoluzione delle conseguenze derivanti dal reato. Sarebbe risultato maggiormente in linea con la natura di istituto riparativo - propria della mediazione penale - prevedere il semplice accoglimento da parte del giudice della disponibilità espressa dall'imputato: in tal modo, infatti, sarebbe stata valorizzata la sua libera e attiva partecipazione.

fascie di durata crescente suddivise in base al criterio della gravità del reato oggetto di imputazione: la durata massima dell'ultima fascia è stata fissata a 18 mesi in modo da permettere al giudice di disporre un'eventuale proroga della messa alla prova³² rispettando il limite di 24 mesi *ex art. 464 quater* co. quinto c.p.p.

Entro dieci giorni dall'udienza in cui è stata disposta la sospensione del procedimento, l'imputato deve sottoscrivere alla presenza del direttore dell'UEPE il verbale di sottoposizione alle prescrizioni definite nel programma, dando formale inizio al periodo di sospensione del procedimento (punto 11 L.G.).

Infine, nella fase di esecuzione della prova, al fine di alleggerire il carico di lavoro dell'UEPE, il Tribunale ha disposto l'omissione della relazione trimestrale sull'attività svolta e sul comportamento dell'imputato *ex art. 141 ter* co. quarto disp.att. c.p.p.: l'Ufficio trasmetterà esclusivamente la relazione finale a conclusione del periodo di prova.

4.1. Casi particolari.

All'interno dell'ormai affermata prassi milanese, illustriamo adesso le soluzioni adottate in tre casi particolari.

Il primo caso è relativo alla richiesta di sospensione del procedimento presentata da un soggetto sottoposto a misure cautelari. In tali condizioni, risulta estremamente difficile definire un programma di trattamento - in particolare in relazione al lavoro di pubblica utilità - in quanto per poter adempiere alle prescrizioni è necessario che il soggetto non sia sottoposto a limitazioni fisiche³³.

Al fine di risolvere la *quaestio*, la prassi milanese³⁴ ha definito il seguente procedimento: l'imputato presenta all'UEPE domanda di trattamento e, successivamente, deposita l'attestazione dell'avvenuta presentazione della domanda presso il giudice, facendo presente la propria situazione di soggetto sottoposto a misure cautelari. Nella successiva ordinanza il giudice si pronuncia sia sull'ammissibilità della richiesta che sull'ipotesi di revoca della misura cautelare in caso di messa alla prova: se entrambe le valutazioni hanno ottenuto esito positivo, l'UEPE avvia la redazione del programma di trattamento. Infine, il giudice, con la medesima ordinanza con la quale accoglie la richiesta di sospensione del procedimento, revoca la misura cautelare.

Un'ordinanza del Tribunale di Milano³⁵ si è, inoltre, espressa su un caso speculare: un imputato che in fase di prova sia stato posto agli arresti

³² Per un esempio di proroga, v. l'ordinanza n. 33640/16 RGNR, emessa dal giudice Luigi Varanelli il 21 luglio 2017.

³³ L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale?*, cit., p. 104.

³⁴ Ordinanza del giudice Mauro Gallina n. 4995/2015 RGNR del 20 aprile 2016.

³⁵ Ordinanza del giudice Mauro Gallina n. 48225/2014 RGNR del 20 aprile 2016.

domiciliari. Il giudice del dibattimento ha risolto l'*impasse* con un'ordinanza ampiamente motivata, mettendo in evidenza che il mutamento dello *status libertatis* dell'imputato richiedesse necessariamente una rivalutazione nel merito della sospensione del procedimento con messa alla prova. Le ipotesi di soluzione prospettate dal giudice sono state due: la revoca dell'ordinanza di sospensione in virtù dell'art. 168 *quater* cpv 2) c.p. oppure una modifica delle prescrizioni originarie ai sensi dell'art. 464 *quinquies* co. terzo c.p.p.

In merito alla prima ipotesi, il giudice del dibattimento ne argomenta l'illegittimità. Disporre, infatti, la revoca dell'ordinanza sulla base dell'art. 168 *quater* cpv 2) c.p. significherebbe porre sul medesimo piano la pronuncia di colpevolezza ex art. 533 c.p.p. - indicata come necessaria per disporre la revoca dell'ordinanza - e la presenza di gravi indizi di colpevolezza, richiesti dall'art. 273 c.p.p. per disporre la misura cautelare. Si tratta di una scelta che contrasterebbe sia con il divieto di analogia *in malam partem* ex art. 25 co. 2 Cost., sia con il principio di non colpevolezza ex art. 27 co. 2 Cost. Inoltre, il giudice ha evidenziato che, mentre la misura cautelare costituisce un provvedimento provvisorio e strumentale rispetto a una pronuncia di merito, la revoca, in virtù del divieto di riproposizione della richiesta di sospensione ex art. 464 *novies* c.p.p., produce effetti definitivi sulla concessione della misura. Di conseguenza - deduce il giudice - nel caso di revoca della sospensione per sottoposizione dell'imputato ad una misura cautelare, un provvedimento provvisorio e strumentale determinerebbe effetti permanenti e preclusivi, per giunta contrari al *favor rei*.

Passando alla seconda ipotesi, l'ordinanza di modifica delle prescrizioni ai sensi dell'art. 464 *quinquies* co. 3 c.p.p. viene indicata dal giudice come strumento idoneo per permettere all'autorità giudicante un intervento atipico nel corso dell'esecuzione della prova. Tra le ipotesi non previste dal legislatore, ma regolabili tramite ordinanza ex art. 464 *quinquies* co. 3 c.p.p., il giudice individua anche la sospensione temporanea degli effetti dell'ordinanza sospensiva con messa alla prova, funzionale ad attendere la pronuncia nel merito del procedimento per il quale l'imputato sia sottoposto a misura cautelare, evitando gli effetti preclusivi della revoca.

Pertanto, a conclusione delle elaborate argomentazioni, il giudice del dibattimento, in attesa della definizione del diverso procedimento gravante sull'imputato, sceglie di emanare un'ordinanza ex art. 464 *quinquies* co. 3 c.p.p., al fine di ottenere una sospensione temporanea dell'esecuzione della prova.

La messa alla prova rimarrà, quindi, "congelata" fino alla pronuncia della decisione nel diverso procedimento: solo alla luce di tale esito, poi, il giudice del dibattimento si pronuncerà sull'eventuale revoca della messa alla prova.

La soluzione proposta dal giudice milanese appare condivisibile ma, alla luce delle posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità nella valutazione relativa alla revoca della misura, necessita di alcuni correttivi in merito ai presupposti. Infatti, un consolidato indirizzo giurisprudenziale afferma che al fine di disporre la revoca della sospensione del procedimento ex art. 464 *octies*

c.p.p. non sia necessaria una sentenza di condanna, ritenendo sufficiente che il giudice svolga una nuova valutazione prognostica sul soggetto - analoga alla valutazione in fase di ammissione *ex art. 464 quater* co. terzo c.p.p. - alla luce degli elementi acquisiti nel nuovo procedimento³⁶.

Lo stesso principio può essere esteso alla valutazione relativa alla sospensione della messa alla prova³⁷: il giudice sarà, quindi, chiamato a pronunciarsi sulla sospensione o revoca dell'ordinanza sospensiva prescindendo dall'accertamento giudiziale del reato nel nuovo procedimento.

Infine, in merito alla violazione del principio della ragionevole durata del processo *ex art. 111 Cost.*, prospettata dalla dottrina³⁸ nell'ipotesi di sospensione temporanea del procedimento di messa alla prova in attesa dell'accertamento giurisdizionale, si tratta di eventualità ritenuta trascurabile. In ogni caso, l'osservanza del principio appare recessiva rispetto alla concessione di un'opportunità responsabilizzante per il soggetto, la quale trova il proprio fondamento costituzionale nell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*³⁹

Un altro caso particolare affrontato dalla giustizia penale milanese riguarda la possibilità per un imputato sottoposto a misure alternative - quale ad esempio l'affidamento in prova al servizio sociale - di richiedere la messa alla prova per un altro procedimento nel quale sia imputato: anche in questo caso la richiesta è considerata ammissibile, specificando che parte delle prescrizioni contenute nel programma per la messa alla prova sono "predefinite", in quanto coincidono - escludendo le prescrizioni proprie di un condannato - con il programma definito per la misura alternativa.

³⁶ Cassazione penale, Sezione quinta, n. 28670 del 16 febbraio 2016, *DeJure*; Cassazione penale, Sez. Quarta, n. 22066 del 6 aprile 2018, *DeJure*; Cassazione penale, Sez. sesta, n. 28826 del 23 febbraio 2018 con commento di V. Ventura, *Messa alla prova. Per la revoca, in caso di un nuovo delitto, non occorre una sentenza passata in giudicato*, in *Il Penalista*, 7 settembre 2018.

³⁷ P. Felicioni, *Gli epiloghi*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova 2014, pag. 431.

³⁸ F. Nevoli, *La sospensione del procedimento e la decisione "sulla prova"*, cit., p. 165.

³⁹ La sospensione del procedimento con messa alla prova costituisce un'opportunità che l'ordinamento concede all'imputato per responsabilizzarsi rispetto alla sua condotta: l'imputato costruisce e riafferma il richiesto adempimento dei propri doveri sociali attraverso i contenuti di un programma non basato sulla passività rispetto alla sanzione bensì sul suo impegno attivo, seguito e incoraggiato dalla pubblica autorità. L'istituto in esame, quindi, persegue il medesimo scopo rieducativo attribuito alla pena *ex art. 27 Cost.* ma costituendo una risposta immediata e personalizzata al disagio espresso dalla condotta illecita e schivando, inoltre, gli effetti stigmatizzanti conseguenti alla condanna penale: in definitiva, la messa alla prova costituisce una "offerta di risocializzazione non desocializzante". Per approfondire, v. R. De Vito, *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, in *Questione giustizia*, 2013; F. Giunchedi, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, in *Archivio penale*, 2014, fasc. III, p. 3; R. Muzzica, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, cit., p. 158; P. Troncone, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 84; V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, cit., p. 20, 24.

L'ultimo caso che merita di essere esaminato riguarda la soluzione d'avanguardia adottata del Tribunale di Milano in un procedimento per il reato di abuso edilizio ex art. 44 D.P.R. 380/01: nel programma di trattamento elaborato dall'UEPE è stata prevista come condotta "*volta all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato*" la demolizione del manufatto oggetto dell'abuso edilizio⁴⁰. La previsione di tale contenuto è stata poi considerata obbligatoria, al fine di predisporre una positiva messa alla prova in relazione ai reati ex art. 44 D.P.R. 380/01, nella successiva e costante giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴¹.

Concludendo, si segnala che il Tribunale di Milano è stato il primo a pronunciarsi sulla possibilità di applicare la sospensione del procedimento con messa alla prova entro i confini della responsabilità degli enti definiti dal d.lgs. 231/01⁴², escludendo tale possibilità ma rilevando contestualmente la particolare rilevanza del tema.

Il particolare, il giudice ha rigettato tramite ordinanza⁴³ la richiesta presentata da una società che era stata chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo derivante dal reato di lesioni personali colpose ex art. 25 septies comma terzo d.lgs. 231/01.

Il giudice, facendo riferimento al lavoro di pubblica utilità - individuato come elemento sanzionatorio⁴⁴ - e appoggiandosi ad una pronuncia delle Sezioni Unite che dichiaravano la prevalente dimensione sostanziale nella natura ibrida dell'istituto⁴⁵, ha affermato la natura sostanziale dell'istituto della messa alla prova⁴⁶. Di conseguenza, alla luce del principio di legalità relativo ex art. 25 comma secondo Cost., ha affermato l'impossibilità per l'interprete di

⁴⁰ Verbale di udienza n. 38811/13 RGNR del 10 giugno 2016, giudice Angela Laura Minerva.

⁴¹ Cassazione penale, Sezione terza, n. 39455 del 10 maggio 2017 con commento di A. Scarcella, *L'estinzione del reato per messa alla prova blocca la demolizione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2018, fasc. II, p. 269; Cassazione penale, Sez. terza, n. 40451 del 31 maggio 2018, *DeJure*.

⁴² Per approfondire, v. G. Fidelbo-R.A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, 2016; M. Riccardi-M. Chilosi, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, fasc. X, pp. 47-77; F. Di Muzio, *La messa alla prova nel procedimento penale degli enti. Quali prospettive?*, in *Il penalista*, 2017.

⁴³ Ordinanza del Tribunale di Milano RG. 13844/16 TRIB del 27 marzo 2017.

⁴⁴ La più recente giurisprudenza costituzionale ha esplicitamente escluso la natura sanzionatoria della prova: "*Il trattamento programmato non è infatti una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso. Si tratta di una caratteristica fondamentale, perché viene riservata alla volontà dell'imputato non soltanto la decisione sulla messa alla prova, ma anche la sua esecuzione*" (Corte Cost. n. 91/18).

⁴⁵ Cassazione penale, Sezioni Unite, 31 marzo 2016, n. 36272, *DeJure*.

⁴⁶ La Corte Costituzionale ha costantemente affermato la natura mista dell'istituto, "*al quale va riconosciuta una dimensione processuale e, assieme, sostanziale*" (Corte Cost. n. 231/18).

ampliare tramite interpretazione analogica l'ambito di applicazione di una sanzione penale.

Il giudice milanese, quindi, considerando la mancanza di una normativa di raccordo che disponga esplicitamente l'applicazione della messa alla prova - individuata come pena - alla categoria degli enti e alla luce del principio di legalità, ha negato la possibilità che tale istituto sia adottabile nella sfera d'applicazione del d.lgs. 231/01, rigettando la richiesta di sospensione.

5. I dati statistici: fonti di ricerca e metodologia

Prima di illustrare i dati relativi all'applicazione della messa alla prova presso il Tribunale di Milano, è necessario esporre le fonti e la metodologia utilizzata per la raccolta dei dati.

In primis, grazie all'autorizzazione ottenuta dal Direttore dell'UEPE di Milano Severina Panarello, è stato possibile recuperare presso detto Ufficio il numero di procedimenti di messa alla prova avviati e integralmente eseguiti negli anni 2015, 2016 e 2017. L'anno 2014 sfugge alla ricerca perché l'operazione di raccolta dei dati statistici da parte dell'UEPE è stata definita e avviata dal primo semestre del 2015. Inoltre, è necessario sottolineare che i dati indicati fanno riferimento all'intera area di competenza dell'UEPE di Milano, il quale comprende i Tribunali di Milano, Lodi e Monza.

Successivamente, le ricerche sono state svolte negli uffici interni al Tribunale di Milano, grazie all'autorizzazione ottenuta dal Presidente del Tribunale Roberto Bichi.

Primariamente, ci si è rivolti all'Ufficio dell'Innovazione, il quale si occupa di gestire il progressivo processo di informatizzazione interna al Tribunale. Presso questo Ufficio è stato possibile recuperare il numero dei casi di citazione diretta a giudizio *ex art. 550 c.p.p.* e il numero di sentenze di estinzione per esito positivo della messa alla prova negli anni 2016 e 2017. Non è stato possibile recuperare il dato relativo agli anni 2014 e 2015, in quanto nel 2016 è stato abbandonato il sistema informatico usato precedentemente - rivelatosi ormai obsoleto - e, di conseguenza, i dati registrati in detto sistema non sono più recuperabili.

Il dato relativo al 2016 e 2017 risulta parziale, in quanto l'attuale sistema informatico non è ancora stato aggiornato al fine di prevedere l'inserimento dei dati relativi all'istituto in esame. Di conseguenza, sono stati considerati solo i casi di estinzione del reato nei quali un cancelliere diligente abbia indicato in nota al modulo predefinito l'esito positivo della messa alla prova come causa estintiva del reato: non si può escludere, però, la presenza di ulteriori casi tra le sentenze di estinzione in cui non risulti specificata la causa estintiva.

Invece, il numero dei casi di citazione diretta a giudizio *ex art. 550 c.p.p.* è stato indicato come riferimento parziale di casi suscettibili di applicazione della messa alla prova, in quanto i limiti edittali indicati nell'*art. 550 c.p.p.* corrispondono a quelli *ex art. 168 bis c.p.*: da tale numero è però necessario

sottrarre virtualmente i procedimenti nei confronti dei delinquenti qualificati *ex artt. 102 c.p. e ss.*, i quali non possono beneficiare della messa alla prova ai sensi dell'art. 168 bis c.p.

L'ultima fonte consultata è stata l'archivio provvisorio dell'Ufficio recupero crediti, presso il quale sono archiviate le ordinanze di sospensione del procedimento con messa alla prova. Nei trentacinque faldoni dedicati alle ordinanze di sospensione del procedimento *ex artt. 420 quater e 464 bis c.p.p.*, è stato possibile consultare ogni singola ordinanza di sospensione con messa alla prova emessa negli anni 2014, 2015, 2016, 2017 e 2018: è necessario sottolineare, però, che le operazioni di archiviazione di dette ordinanze sono state intraprese nel 2015 e, di conseguenza, il dato relativo alle ordinanze emesse nel 2014 risulta parziale.

Attraverso la consultazione delle ordinanze è stato esaminato il profilo oggettivo dei procedimenti sospesi. Non è stato invece possibile approfondire il profilo soggettivo degli imputati e il contenuto di ogni singolo programma di trattamento. Nella maggior parte delle ordinanze di sospensione risultano indicati solo i dati anagrafici dei soggetti coinvolti mentre, in relazione al programma di trattamento, è previsto solo un rinvio diretto alle prescrizioni contenute nel programma: copia di tale documento non risulta, però, allegata all'ordinanza archiviata.

Risulta necessario quanto onesto, infine, valutare un certo margine di errore per difetto in relazione ai dati che verranno indicati: di fatto, avendo svolto suddette ricerche in solitaria, bisogna considerare la sicura presenza dell'errore umano.

6. I dati dell'Ufficio di esecuzione penale esterna di Milano.

Il primo dato raccolto nell'UEPE di Milano - relativo alle aree di competenza dei tribunali di Milano, Lodi e Monza - si riferisce alle richieste di elaborazione del programma di trattamento ricevute: nel 2015 sono state presentate 1790 richieste; nel 2016 il numero è salito a 2223; infine, nel 2017 sono state registrate 2772 richieste di programma.

All'interno di tali richieste, nel 2015 sono stati elaborati 839 programmi di trattamento; nel 2016 1454 programmi e nel 2017 1864 programmi.

La distanza presente tra il primo e il secondo dato riguardanti il medesimo periodo di riferimento è motivata dalla somma del numero di richieste di procedimento considerate non ammissibili da parte del giudice più le richieste a cui non è stato dato corso per scelta dell'imputato.

tabella 1.

	Richieste m.a.p. ricevute	Programmi elaborati
2015	1790	839
2016	2223	1454
2017	2772	1864

7. I dati del Tribunale di Milano

Passando all'esposizione dei dati frutto delle ricerche presso il Tribunale di Milano, indichiamo *in primis* il numero di procedimenti di citazione diretta a giudizio *ex art. 550 c.p.p.* nel periodo 2016-2017: nel 2016 ci sono state 5576 citazioni dirette a giudizio, cresciute poi a 6006 nel 2017.

Per quanto riguarda i procedimenti di messa alla prova, dalla data di entrata in vigore dell'istituto fino al 31 dicembre 2017 sono state emesse 1393 ordinanze di sospensione con messa alla prova.

Nello specifico, sono state emesse 56 ordinanze nel 2014; 285 ordinanze nel 2015; 294 nel 2016; e 758 nel 2017.

Le ordinanze sono state emesse prevalentemente in procedimenti di citazione diretta a giudizio *ex art. 550 c.p.p.* Nelle sottostanti tabelle si può osservare più dettagliatamente la suddivisione delle ordinanze di sospensione nei diversi anni e procedimenti.

tabella 2.

2014	
Durante le indagini preliminari	/
In fase pre-dibattimentale	5
Direttissimo	9
Citazione diretta a giudizio	36
Opposizione a decreto penale	5
Immediato	1
2015	
Durante le indagini preliminari	3
In fase pre-dibattimentale	15
Direttissimo	36
Citazione diretta a giudizio	181
Opposizione a decreto penale	43
Immediato	7
2016	
Durante le indagini preliminari	3
In fase pre-dibattimentale	7
Direttissimo	44
Citazione diretta a giudizio	204
Opposizione a decreto penale	36
Immediato	/
2017	
Durante le indagini preliminari	3
In fase pre-dibattimentale	19
Direttissimo	84
Citazione diretta a giudizio	519

Opposizione a decreto penale	125
Immediato	8
TOTALE (in ordine decrescente)	
Citazione diretta a giudizio	940
Opposizione a decreto penale	209
Direttissimo	173
In fase pre-dibattimentale	46
Immediato	16
Durante le indagini preliminari	9

Per quanto riguarda, invece, i reati presenti nelle imputazioni dei procedimenti sospesi, al fine di trovare un equilibrio tra analiticità della ricerca e un'utile visione d'insieme, i reati sono stati suddivisi in categorie. In particolare, in relazione alle fattispecie contenute nel Codice penale è stato fatto riferimento ai singoli Capi; i reati previsti nella normativa extra-codicistica, invece, sono stati suddivisi in base al singolo atto legislativo o per omogeneità della materia oggetto della tutela penale.

La tabella sottostante definisce quali reati sono stati inclusi in ogni singola categoria. Sottolineiamo che, per evitare l'eccessiva frammentazione dei dati, il reato aggravato o tentato non è stato indicato diversamente dal reato base.

tabella 3.

<i>Dei delitti contro la personalità internazionale dello Stato</i>	art. 256		Codice delle leggi anti-mafia (d.lgs. 159/11)	art. 75 art. 76
<i>Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.</i>	art. 316 ter art. 323	art. 334 art. 335	Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 196/03)	art. 167
<i>Dei delitti dei privati contro la P.A.</i>	art. 336 art. 337 art. 340	art. 341 bis art. 348 art. 349	Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande (l. 683/62)	art. 5 art. 6
<i>Dei delitti contro l'attività giudiziaria</i>	art. 367 art. 369	art. 370 art. 378	Disciplina relativa agli assegni bancari (l. 386/90)	art. 7
<i>Dei delitti contro</i>	art. 385		Disposizioni in l.	l.

<i>l'autorità delle decisioni giudiziarie</i>	art. 388		materia previdenziale	689/81: art. 37 d.l. 463/83: art. 2	638/83: art. 2
<i>Della tutela arbitraria delle private ragioni</i>	art. 393		Disposizioni per il controllo delle armi, munizioni ed esplosivi	l. 895/67: art. 2 l. 110/75: art. 4	
<i>Dei delitti di comune pericolo mediante violenza</i>	art. 424		Disposizioni relative a separazione, divorzio e affidamento dei figli	l. 898/70: art. 12 <i>sexies</i> l. 54/06: art. 3	
<i>Dei delitti di comune pericolo mediante frode</i>	art. 443		Disposizioni relative alle funzioni ed ai compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco (d.lgs. 139/06)	art. 20	
<i>Della falsità in sigilli o strumenti o segni di autenticazione, certificazione o riconoscimento</i>	art. 469 art. 472 art. 474		Legge sul procedimento amministrativo (l. 241/90)	art. 21	
<i>Della falsità in atti</i>	art. 476 art. 477 art. 481 art. 482	art. 483 art. 485 art. 486 art. 489	Legge sulla stampa (l. 47/48)	art. 5 art. 16	
<i>Della falsità personale</i>	art. 494 art. 495 art. 497 bis		Ordinamento della pubblica sicurezza (l. 121/81)	art. 12	
<i>Dei delitti contro l'industria e il commercio</i>	art. 515 art. 517 art. 517 quater		Reati fallimentari (R.D. 267/42)	art. 217 art. 222 art. 224	
<i>Delle offese al pudore</i>	art. 527		Reati nel settore del giuoco (l. 302/76)	art. 4 art. 6	art. 6 <i>ter</i> art. 6

<i>all'onore sessuale</i>			401/89)	art. 6 bis	<i>quater</i>
<i>Dei delitti contro il sentimento per gli animali</i>	art. 544 <i>ter</i>		Reati stradali (d.lgs. 285/92)	art. 100 art. 116 art. 185 art. 186	art. 186 <i>bis</i> art. 187 art. 189
<i>Dei delitti contro l'assistenza familiare</i>	art. 570 art. 571	art. 572 art. 574 <i>bis</i>	Reati tributari (d.lgs. 74/00)	art. 2 art. 4 art. 5	art. 10 art. 10 <i>ter</i> art. 10 <i>quater</i>
<i>Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale</i>	art. 581 art. 582 art. 586 art. 588	art. 590 art. 590 <i>ter</i> art. 591 art. 593	Repressione della falsa attribuzione di lavori altrui da parte di aspiranti al conferimento di lauree, diplomi, uffici, titoli e dignità pubbliche (R.D. 475/25)	art. 1	
<i>Dei delitti contro l'onore</i>	art. 594 art. 595		T.U. in materia ambientale (d.lgs. 152/06)	art. 137 art. 212	art. 256 art. 257
<i>Dei delitti contro la libertà individuale</i>	art. 600 art. 600 <i>ter</i> art. 600 <i>quater</i> art. 609 art. 610 art. 612	art. 614 art. 615 art. 615 <i>bis</i> art. 615 <i>ter</i> art. 615 <i>quater</i> art. 616	T.U. in materia edilizia (d.p.r. 380/01)	art. 31 art. 44	
<i>Dei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone</i>	art. 624 art. 624 <i>bis</i> art. 626	art. 633 art. 635 art. 639	T.U. leggi di pubblica sicurezza (R.D. 773/31)	art. 18 art. 55 art. 109	
<i>Dei delitti contro il patrimonio mediante frode</i>	art. 640 art. 640 <i>ter</i> art. 642	art. 646 art. 648	T.U. sull'immigrazione (d.lgs. 286/98)	art. 5 art. 12	art. 13 art. 22
<i>Delle contravvenzioni concernenti la polizia di</i>	art. 650 art. 651 art. 660 art. 681	art. 697 art. 699 art. 703 art. 707	T.U. sulla documentazione amministrativa (D.P.R. 445/00)	art. 76	

<i>sicurezza</i>	art. 695			
<i>Delle contravvenzioni concernenti la polizia amministrativa sociale</i>	art. 734		T.U. sulla droga (d.p.r. 309/90)	art. 73
Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 42/04)	art. 181		Tutela della salute e sicurezza sul lavoro (d.lgs. 81/08)	art. 29 art. 37 art. 71 art. 136 art. 159
Codice del consumo (d.lgs. 206/05)	art. 112		Vendita medicinali (d.lgs. 219/06)	art. 147

Esponiamo adesso il numero di procedimenti di messa alla prova per ogni categoria di reato, al fine di evidenziare per quali reati sia stata maggiormente concessa tale misura. Il numero complessivo dei reati è superiore al numero di procedimenti sospesi in quanto - in numerosi casi - l'imputazione comprendeva più reati.

tabella 4.

Reati stradali (d.l. 285/92)	634
dei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone	162
dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale	134
della falsità in atti	120
TU sulla droga (d.P.R. 309/90)	117
dei delitti contro il patrimonio mediante frode	110
dei delitti dei privati contro la PA	95
dei delitti contro la libertà individuale	59
TU ambiente (d.lgs. 152/06)	25
dei delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie	23
Disposizioni in materia previdenziale	23
delle contravvenzioni concernenti la polizia di sicurezza	22
Reati tributari (d.lgs. 74/00)	22
Controllo delle armi, munizioni ed esplosivi	21
TU sull'immigrazione (dlgs. 286/98)	21
Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande (l. 683/62)	20
Disposizioni relative a separazione, divorzio e affidamento dei figli	20
Reati nel settore del giuoco (l. 401/1989)	15
dei delitti contro l'attività giudiziaria	13
dei delitti contro l'assistenza familiare	12

della falsità personale	12
Tutela della salute e sicurezza sul lavoro (dlgs. 81/08)	12
dei delitti contro l'industria e il commercio	11
dei delitti dei pubblici ufficiali contro la PA	8
della falsità in sigilli o strumenti o segni di autenticazione ecc.	7
TU in materia edilizia (dpr. 380/01)	7
dei delitti di comune pericolo mediante frode	6
Reati fallimentari (RD. 267/42)	6
TU sulla documentazione amministrativa (DPR. 445/00)	6
Codice delle leggi anti-mafia (dlgs. 159/11)	5
dei delitti contro l'onore	5
dei delitti contro la personalità internazionale dello Stato	4
Disposizioni relative alle funzioni ed ai compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco (d.lgs. 139/06)	4
TU leggi di pubblica sicurezza	4
Codice dei beni culturali e del paesaggio (dlgs. 42/04)	3
Codice in materia di protezione dei dati personali (dlgs. 196/03)	3
delle offese al pudore e all'onore sessuale	3
Vendita dei medicinali (dlgs. 219/06)	3
dei delitti di comune pericolo mediante violenza	2
Legge sul procedimento amministrativo (l. 241/90)	2
Legge sulla stampa (l. 47/48)	2
Codice del consumo (dlgs. 206/05)	1
dei delitti contro il sentimento per gli animali	1
della tutela arbitraria delle private ragioni	1
delle contravvenzioni concernenti la polizia amministrativa sociale	1
Disciplina relativa agli assegni bancari (l. 386/90)	1
Ordinamento della pubblica sicurezza (l. 121/81)	1
Repressione della falsa attribuzione di lavori altrui ecc. (l. 475/25)	1

All'interno delle imputazioni suddette si segnalano: 201 imputazioni per concorso di persone nel reato ex art. 110 c.p.; 28 imputazioni per concorso formale di reati ex art. 81 c.p. e 115 imputazioni per reato continuato ex art. 81 cpv c.p.

Rispetto alle 1393 ordinanze di sospensione del procedimento, ci sono state solo 16 ordinanze di revoca della messa alla prova: due nel 2016 e 14 nel 2017.

tabella 5.

2016	TU sulla droga (dpr. 309/90)	2017	dei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone
2016	Reati stradali (dl.	2017	dei delitti contro la vita e

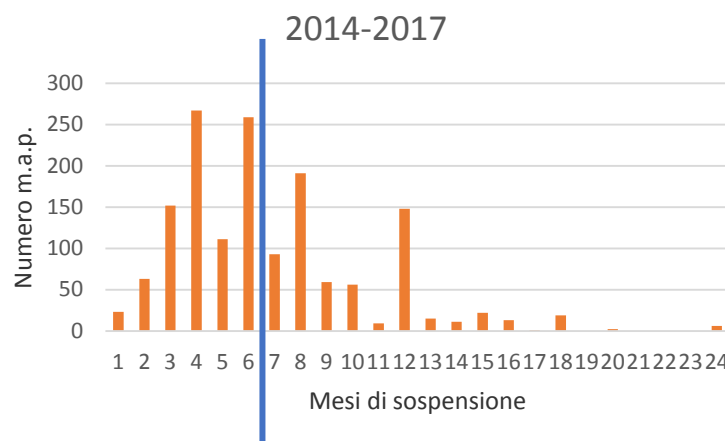
	285/92)			l'incolumità individuale
2017	dei delitti contro l'assistenza familiare		2017	dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale
2017	TU sulla droga (dpr. 309/90)		2017	dei delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie
2017	TU sulla droga (dpr. 309/90)		2017	dei delitti dei privati contro la PA
2017	Controllo delle armi, munizioni ed esplosivi		2017	della falsità in atti
2017	dei delitti contro il patrimonio mediante frode		2017	Reati stradali (dl. 285/92)
2017	dei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone		2017	Reati stradali (dl. 285/92)

Nel 2017 è stata emessa l'unica ordinanza di proroga relativa al quadriennio 2014-2017⁴⁷. In tale procedimento, l'imputato - durante la fase di messa alla prova - aveva richiesto e ottenuto il trasferimento dall'originario luogo di svolgimento del lavoro di pubblica utilità all'area di competenza del Comune di Milano: nelle more del trasferimento presso Milano e dell'individuazione di un nuovo ente, era stata disposta la sospensione del lavoro di pubblica utilità. Al fine di recuperare il periodo di sospensione del lavoro, il giudice ha rideterminato il periodo residuo, prorogando la durata della messa alla prova. Nel medesimo anno ci sono stati due casi di esito negativo della messa alla prova, entrambi relativi a reati stradali ex art. 186 dl. 285/92. In particolare, in uno dei due casi⁴⁸, l'imputato aveva svolto correttamente e integralmente il lavoro di pubblica utilità, ma non aveva rispettato le prescrizioni relative all'impegno terapeutico e riabilitativo per la dipendenza da alcool: il giudice ha ritenuto che tale comportamento conducesse ad una prognosi negativa rispetto a futuri comportamenti criminosi e, di conseguenza, ha dichiarato l'esito negativo della prova.

Rispetto alle istanze di messa alla prova ammesse, nel quadriennio 2014-2017 la durata media di sospensione del procedimento si attesta su 6,8 mesi.

⁴⁷ Ordinanza del giudice Luigi Varanelli n. 33640/16 RGNR del 21 luglio 2017.

⁴⁸ Ordinanza del giudice Luigi Iannelli n. 2966/16 RGTRIB. del 20 giugno 2017.



Infine, indichiamo i dati sulle sentenze di estinzione del reato per esito positivo della prova: nel 2016 ci sono state 485 sentenze di estinzione, di cui 105 emesse dal GIP e 380 dal giudice dal dibattimento; nel 2017 ci sono state 432 sentenze, di cui 49 provenienti dal GIP e 383 dal giudice del dibattimento.

7.1. I dati relativi al 2018: una crescita costante.

I dati raccolti presso il Tribunale di Milano relativi all'anno 2018 sono stati separati da quelli relativi al quadriennio 2014-2017 in quanto presentano talune peculiarità tecniche.

Il dato numerico indicato non si riferisce alle ordinanze di sospensione del procedimento emesse nel periodo di riferimento, bensì alle ordinanze emesse e registrate presso l'archivio provvisorio dell'Ufficio recupero crediti alla data del 14 marzo 2018: di conseguenza, è un dato estremamente parziale e in costante aumento⁴⁹ in quanto - per evidenti motivi tecnici - un certo periodo separa la data di emissione dell'ordinanza dalla sua effettiva archiviazione. In ogni caso, risulta interessante indicare tali dati, al fine di poter prospettare l'effettiva applicazione della messa alla prova nel periodo più recente.

Focalizzandoci sul dato numerico, alla data del 14 marzo 2018 sono state emesse e registrate 137 ordinanze di sospensione del procedimento con messa alla prova.

Non ci sono state ordinanze di proroga della durata della messa alla prova, ma sono state emesse 3 ordinanze di revoca.

2018	TU sulla droga (dpr. 309/90)
2018	dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale

⁴⁹ Per confermare ulteriormente l'incremento costante del dato è sufficiente riferire che, nel momento in cui chi scrive aveva appena concluso il recupero dei dati relativi alle ordinanze archiviate a quella data, l'impiegato seduto nella scrivania accanto alla sua si apprestava a registrare le nuove ordinanze giunte presso l'Ufficio.

Infine, non è stato possibile individuare il dato numerico delle sentenze di estinzione del reato per esito positivo della prova emesse al 14 marzo 2018, in quanto è un dato non era ancora stato elaborato dall'Ufficio dell'Innovazione.

8. Considerazioni.

Alla luce dei dati suesposti, è possibile svolgere alcune osservazioni.

In primis, le linee guida milanesi - stilate sulla falsariga delle precedenti linee guida per l'esecuzione dell'istituto ex art. 186 co. 9 bis C.d.S. e, inoltre, dagli stessi soggetti⁵⁰ - hanno definito un sistema di applicazione dell'istituto efficiente, smentendo le perplessità espresse da parte della dottrina sul successo nella gestione da parte dei soggetti del procedimento penale - in particolare i già saturi di lavoro Uffici di esecuzione penale esterna⁵¹ - di tale impegnativo quanto innovativo istituto.

Attraverso l'esame della prassi e della giurisprudenza di merito, si può osservare che il Tribunale milanese ha valorizzato la natura della messa alla prova come istituto special-preventivo finalizzato alla responsabilizzazione del soggetto, evitando cedimenti verso l'automatismo nell'ammissione alla prova, proprio di un'interpretazione premiale dell'istituto⁵². Da questo punto di vista, l'estensione dell'area di applicabilità - attraverso il favore espresso alla messa alla prova parziale, all'applicazione retroattiva⁵³ e nei confronti di soggetti sottoposti a misure cautelari - porta a una maggiore centralità della discrezionalità valutativa del giudice⁵⁴ - prevalentemente in fase di ammissione - e, di conseguenza, alla possibilità per più soggetti di accedere alla misura responsabilizzante⁵⁵.

La mancanza di automatismi nella fase di delibazione preventiva emerge, inoltre, attraverso il dato delle richieste di messa alla prova considerate

⁵⁰ V. Bove, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 5: l'A. lamenta l'adozione di linee guida senza una previa esperienza pratica della loro applicazione. Nel caso milanese, nonostante siano note le distanze tra l'istituto ex artt. 168 bis c.p. e 186 co. 9 bis C.d.S. (cfr. Cassazione penale, Sez. IV, n. 29639 del 23 giugno 2016, *DeJure*), l'esperienza nell'applicazione di tale sanzione ha contribuito alla definizione di linee guida efficienti per la messa alla prova.

⁵¹ L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale?*, cit., p. 108.

⁵² J. Della Torre, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, cit., p. 1488.

⁵³ R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 2015, p. 4.

⁵⁴ R. Bartoli, *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto*, cit., p. 8.

⁵⁵ C. Conti, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 68 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, cit., p. 15.

ammissibili: nel 2015, è stato considerato ammissibile solo il 47% delle richieste; nel 2016 la percentuale è del 65%, nel 2017 è aumentata fino al 67%. Purtroppo, il giudice non è chiamato a motivare la propria decisione in tale fase e non possiamo, quindi, approfondire i criteri valutativi adottati. Però, alla luce dei semplici dati statistici, i quali indicano la sussistenza di una quota importante - seppur in costante riduzione - di richieste rigettate, si può comunque evidenziare che tale fase non consiste in una mera approvazione dell'istanza presentata - in tal caso, infatti, avremmo una percentuale di richieste ammesse vicina al 100% - bensì in un effettivo filtro di ammissibilità. Colpisce, poi, il numero particolarmente esiguo di sospensioni disposte nella fase delle indagini preliminari - elemento distintivo rispetto alla messa alla prova minorile - nonostante il particolare favore dimostrato dal legislatore che ha disposto il potere del PM di avvisare l'imputato della possibilità di richiedere la sospensione del procedimento anche prima dell'esercizio dell'azione penale⁵⁶ (art. 141 bis disp. att. c.p.p.). Si può ipotizzare che ciò sia conseguenza del fatto che l'imputato, prima di proporsi per un'attività comunque onerosa quale è la prova, preferisca attendere un sicuro rinvio a giudizio oppure che sia il giudice a prediligere il completamento delle indagini prima di pronunciarsi sull'istanza di sospensione. Inoltre, considerando che per ottenere la messa alla prova nella fase delle indagini preliminari è necessario il consenso - oltre che del giudice - del PM, è ipotizzabile che questo "doppio filtro" abbia ostacolato maggiormente l'accoglimento delle istanze in tale fase.

Focalizzando l'attenzione sul numero di ordinanze di sospensione con messa alla prova emesse, i dati raccolti segnalano che le potenzialità dell'istituto non sono ancora sfruttate a pieno. Considerando anche solo il riferimento parziale dei casi di citazione diretta a giudizio ex art. 550 c.p.p., nel 2016 solo il 5.3% dei procedimenti idonei rispetto ai criteri soggettivi e oggettivi ex art. 168 bis c.p. hanno beneficiato della messa alla prova; mentre, nel 2017, la percentuale cresce al 12.6%. Va però osservato anche il costante aumento del numero di ordinanze di sospensione emesse: tra il 2015 e il 2016 l'aumento è pari al 3%, mentre tra il 2016 e il 2017 arriva addirittura al 157%. Ancorché i dati siano parziali, si può supporre che si potrà riscontrare un ulteriore aumento delle ordinanze di sospensione pronunciate nel 2018: anche solo ipotizzando un incremento pari a 137 ordinanze per ogni bimestre, il numero totale di ordinanze emesse al 31 dicembre 2018 sarebbe di 822 ordinanze di sospensione, dato ben superiore a quello registrato nel 2017. Il cauto sviluppo dell'istituto trova probabilmente una causa nella sua scarsa appetibilità, stante la parziale coincidenza della sfera di applicabilità con istituti meno onerosi⁵⁷,

⁵⁶ *Ex multis*, v. M. Montagna, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova 2014, pp. 396 ss.

⁵⁷ F. Viganò, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 1305.

come la sospensione condizionale della pena. In ogni caso, l'aumento costante del numero di ordinanze di sospensione resta un segnale incoraggiante.

Con particolare riguardo, poi, ai reati per i quali è stata maggiormente concessa la sospensione del procedimento, si evidenzia la scarsa efficacia dell'istituto sul piano della deflazione carceraria⁵⁸. Infatti, considerando le imputazioni oggetto dei procedimenti sospesi, i soggetti interessati avrebbero potuto comunque beneficiare di misure alternative - ad esempio l'affidamento in prova ai servizi sociali - non aggravando, di conseguenza, il sovraffollamento carcerario⁵⁹.

Il maggior beneficio dell'istituto si riscontra, invece, sul piano della responsabilizzazione dell'imputato⁶⁰: esso costituisce una risposta immediata⁶¹ prevalentemente nei confronti di soggetti che "inciampano" nel sistema penale ponendo in essere condotte relative a reati bagattellari che si collocano sull'orlo della depenalizzazione⁶² - non essendo quindi, come affermato da parte della dottrina⁶³, una misura alla portata esclusiva dei c.d. "colletti bianchi" - e che, diversamente dalla semplice applicazione di una sanzione, vengono chiamati in prima persona a porre in essere un programma personalizzato⁶⁴ con responsabilità e impegno individuale⁶⁵.

A tal proposito, assume particolare rilevanza il numero di ordinanze di revoca della sospensione o di ripresa del procedimento per esito negativo della prova. Il fallimento del solo 1.5% dei procedimenti di messa alla prova indica che la prova viene vissuta dall'imputato con serietà e correttezza. Il riscontro assume una rilevanza positiva ancora maggiore nei casi in cui potrebbe essere altresì

⁵⁸ *ex multis*, v. R. Muzzica, *La sospensione del processo con messa alla prova: liquefazione postmoderna di un nobile ideale*, in C. Iasevoli (a cura di), *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, Napoli 2018, pp. 267 ss.

⁵⁹ V. Bove, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, cit., p. 4.

⁶⁰ M. Montagna, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, cit., p. 371.

⁶¹ Cassazione penale, Sezione quinta, n. 4806 del 10 novembre 2015, *DeJure*: "In realtà, l'obiettivo che intende conseguire questa *probation* processuale è quello di offrire immediatamente all'imputato un trattamento personalizzato che ne faciliti il recupero ed eviti il danno derivante non solo dalla detenzione in un istituto di pena, ma anche dalle conseguenze sociali di essere stato comunque attinto da una decisione di condanna."

⁶² L. Barone, *I rimedi avverso il denegato probation. dalle Sezioni Unite segnali incoraggianti di implementazione dell'istituto*, in *Cassazione penale*, 2016, fasc. XII, pag. 4380.

⁶³ L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale?*, cit., p. 106.

⁶⁴ L. Eusebi, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, cit., pag. 8; M.R. Parruti, *Nuove tipologie sanzionatorie e strumenti di giustizia riparativa*, cit., pag. 95.

⁶⁵ C. Cesari, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, cit., p. 546: "la misura è ontologicamente fondata sulla sua volontà di sottoporsi al programma, con un impegno che verte non genericamente sul progetto, ma sui suoi contenuti, che devono addirittura essere elaborati d'intesa tra imputato e servizi sociali e rispetto ai quali l'interessato si assume un impegno specifico".

concessa la sospensione condizionale della pena: infatti il soggetto, anche solo attraverso la scelta a favore del percorso di responsabilizzazione offerto dall'ordinamento con la messa alla prova - compiuta escludendo la scelta dello strumento meramente sospensivo ex art. 163 c.p. - manifesta un'esplicita scelta riparativa.

Infine, quando sarà trascorso il tempo necessario per il consolidamento del dato, sarà opportuno approfondire la percentuale di recidiva presente tra gli utenti della sospensione del procedimento con messa alla prova, costituendo tale obiettivo risocializzante il "riferimento teleologico della misura"⁶⁶. Se anche l'istituto per gli adulti, parimenti alla messa alla prova minorile⁶⁷, mostrerà percentuali incoraggianti, ciò manifesterà l'ampia efficacia responsabilizzante della misura, segnando auspicabilmente il passo delle future riforme del nostro sistema penale.

9. Le proposte degli operatori.

Nel corso dei colloqui avuti con i diversi membri del gruppo di lavoro che ha definito le linee guida del Tribunale di Milano, sono emerse varie proposte *de iure condendo* o di semplice sviluppo della normativa utili "ad armarsi di coraggio senza arrendersi al motto *hic sunt leones*"⁶⁸.

La prima proposta riguarda la modifica dell'art. 141 *bis* disp.att. c.p.p., al fine di definire l'obbligo per il PM di avvisare l'imputato, nei casi in cui ne ricorrano i presupposti, che ha la facoltà di presentare richiesta di sospensione con messa alla prova e degli effetti estintivi del reato in caso di esito positivo della prova. Una riforma in tal senso appare particolarmente utile per incoraggiare la diffusione dell'istituto, facilitando ulteriormente l'incontro tra l'imputato e il percorso responsabilizzante della messa alla prova.

La seconda proposta propone di ampliare l'area di applicazione dell'istituto eliminando i limiti oggettivi e soggettivi ex art. 168 *bis* c.p. e individuando nella valutazione del giudice ex art. 464 *quater* c.p.p. l'unico filtro di ammissibilità all'istituto, similmente all'omonimo presente nell'istituto minorile. Tale riforma, però, sembra essere eccessivamente audace, non facendo i conti con le differenze presenti nell'ambito minorile rispetto a quello

⁶⁶ *Ivi*, p. 522.

⁶⁷ Report "La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 D.P.R. 448/88) - Anno 2016" pubblicato dal Servizio statistica del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità - Ministero della Giustizia, il 25 maggio 2017, disponibile sul sito www.centrostudinisida.it/Statistica/: il tasso di recidiva tra i minorenni autori di reato che hanno beneficiato della messa alla prova - in un periodo di osservazione di 72 mesi - è più basso dell'11% rispetto ai minori che non hanno beneficiato dell'istituto (20% a 31%). v. A. Mestitz, *Messa alla prova: tra innovazione e routine*, Roma 2007, pp. 39 ss.; M. Colamussi-A. Mestitz, *Devianza minorile e recidiva. Prosciogliere, punire o responsabilizzare?*, Milano 2012, pp. 84 ss.

⁶⁸ C. Conti, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 68 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, cit., p. 30.

per gli adulti. Le esigue risorse disponibili si potrebbero trovare ad affrontare uno “tsunami” di richieste di messa alla prova: è sufficiente segnalare come mero esempio che alla fine del 2017 il numero dei procedimenti penali pendenti davanti al Tribunale per i minorenni era pari a 38.890; nel medesimo periodo di riferimento, davanti al Tribunale ordinario pendevano 1.165.339 procedimenti⁶⁹. Come riuscire a gestire efficacemente un procedimento come la messa alla prova - caratterizzato da valutazioni discrezionali del giudice, definizione di un programma personalizzato e accompagnamento personale - davanti a numeri di questo valore?

La terza, condivisibile, proposta suggerisce la previsione di un corso di formazione obbligatorio per i giudici sul tema della messa alla prova, funzionale a rendere maggiormente familiare l’istituto tra le fila dei magistrati, escludendo, inoltre, eventuali resistenze che potrebbero essere residue nei confronti di questa nuova risposta al reato.

La principale frontiera di sviluppo dell’istituto viene individuata in relazione alla prescrizione del lavoro di pubblica utilità. Si ritiene necessario sia diffondere la conoscenza dell’istituto tra i soggetti privati - i quali potrebbero prestare la propria disponibilità rispetto allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità - sia intensificare l’utilizzo di soggetti messi alla prova nei servizi della Pubblica Amministrazione: detta ipotesi viene considerata particolarmente significativa al fine di manifestare ancor più chiaramente la funzione di responsabilizzazione sociale perseguita dal soggetto attraverso l’esecuzione della prova.

Congiuntamente, poi, a tali suggerimenti provenienti dagli operatori, è auspicabile - come suggerito da parte della dottrina⁷⁰ - un intervento del legislatore nella direzione indicata dalle più recenti pronunce della Corte Costituzionale⁷¹, la quale dimostra costante favore rispetto alla messa alla prova. In particolare, risulta necessaria una definizione chiara dei punti più vulnerabili dell’istituto, rispetto ai quali la Corte è finora riuscita a “parare ogni colpo”⁷² surrogando il legislatore: la sussistenza o meno di un accertamento della responsabilità dell’imputato rispetto al fatto di reato e l’effettiva natura dell’istituto.

⁶⁹ Dati disponibili sul sito del Ministero della Giustizia, area statistiche: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page

⁷⁰ A. Zappulla, *La prima (ma non ultima) pronuncia d’incostituzionalità in tema di modifica dell’imputazione e messa alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, fasc. X, p. 255; L. Parlato, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, pp. 113 ss.

⁷¹ Il d.lgs. 122/2018 rappresenta un esempio virtuoso in tal senso: il legislatore, infatti, ha disposto l’esclusione della menzione nel certificato del casellario giudiziale dei provvedimenti concernenti la messa alla prova, anticipando in tal modo la successiva pronuncia di incostituzionalità della normativa pre-riforma intervenuta con la sentenza n. 231/2018.

⁷² L. Parlato, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, cit., p. 113.

In conclusione, si può affermare con certezza la necessità di puntare su una maggiore diffusione culturale delle informazioni relative al funzionamento e all'efficacia della messa alla prova⁷³: condividendo il parere espresso dagli operatori del Tribunale di Milano, solo un lavoro formativo/culturale funzionale a radicare l'istituto in profondità nel tessuto giuridico-sociale - promuovendo la formazione di giudici e avvocati sulle modalità applicative dell'istituto; la conoscenza dell'esistenza e degli effetti della misura tra gli imputati; l'ampliamento dell'offerta di luoghi dove svolgere lavoro di pubblica utilità nel settore pubblico - potrà garantire un'ampia e proficua diffusione di tale occasione responsabilizzante per l'imputato.

Abstract: The recent legislative intervention to extend the scope of application of the payment block pursuant to art. 48 bis of the Presidential Decree n. 602/73, to which further and not less incisive effects are connected, induces to proceed to its systematic classification. To this end, after having demonstrated that the measure can be attributed to the automatic precautionary measures with anticipatory content, the possible remedies to the lack of protection of the subject are envisaged on the basis of the principles of the national and EU legislation.

Keywords: of the payment block; precautionary measures; remedies to the lack of protection of the subject

⁷³ Ad analoghe conclusioni, seppur da una prospettiva criminologica, giunge l'interessante lavoro di O. Binik - R. Cornelli - M. Dova-A. Zamburlini, *La messa alla prova per adulti nel territorio di Milano. Analisi dell'applicazione di una misura innovativa nel panorama sanzionatorio italiano*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 2018, fasc. I, pp. 30 ss.

***JUS*- ONLINE 1/2019**

ISSN 1827-7942

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

VP VITA E PENSIERO